

DIE AUFTRAGSVERGABE DER ÖFFENTLICHEN HAND
ALS MITTEL ZUR DURCHSETZUNG RECHTLICHER
UND TECHNISCHER VERTRAGSBEDINGUNGEN
IM BEREICH DER BAUVERWALTUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Norbert Herig

1984

DIE AUFTRAGSVERGABE DER ÖFFENTLICHEN HAND
ALS MITTEL ZUR DURCHSETZUNG RECHTLICHER
UND TECHNISCHER VERTRAGSBEDINGUNGEN
IM BEREICH DER BAUVERWALTUNG

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von

Norbert Herig

1984

Referent: Professor Dr. Scholz
Korreferent: Professor Dr. Badura
Tag der mündlichen Prüfung:

3. Dezember 1984

VORWORT

Die Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand bei der Auftragsvergabe von Bauleistungen stehen in letzter Zeit verstärkt im Mittelpunkt der Kritik. Gleichzeitig gewinnt in der juristischen Diskussion die rechtliche Einordnung des Verwaltungshandelns des Staates bei der Nachfrage nach Wirtschaftsleistungen mehr an Bedeutung. Die vorliegende Arbeit versucht, hier einen weiteren Beitrag zu leisten, indem sie für einen der bedeutendsten Teilbereiche öffentlicher Investitionen, dem Bauprodukt, den rechtstatsächlichen Hintergrund aufhellt, ohne den jeder Versuch, den rechtlichen Rahmen staatlichen Handels neu zu bestimmen, in theoretischen Ansetzten stecken bleiben muß.

Die Rechtstatsachenforschung ist auf die Ergebnisse und Erfahrungen der Praxis angewiesen, die sich dem Verfasser nur durch die rege Mithilfe aus Wirtschaft und Verwaltung erschlossen hat. Die Anregung zu dieser Arbeit kam durch die Tätigkeit bei der Firma Tiefbau-Union, Dortmund; stellvertretend für meine "Bau"-Kollegen sei Herrn Ulrich Heide für den Blick hinter die Kulissen gedankt. Herr Haderer, Düsseldorf, gab mir eine Fülle wertvoller Anregungen und praktischer Hinweise ebenso wie auch die unzähligen Damen und Herren bei den Bauverwaltungen von Bund, Ländern und Kommunen mir erst durch die Zurverfügungstellung der relevanten Unterlagen die Analyse der Vergabebedingungen ermöglichten. Ganz besonderen Dank gebührt Herrn Professor Dr. Robert Scholz, München/Berlin, für die wissenschaftliche Betreuung der Arbeit. Von meinen Anwaltskollegen Dr. Walter Beck und Hans-Jürgen Spitzweg erhielt ich wertvolle Ratschläge aus der Bau-

rechtspraxis. Frau Quarz übernahm dankenswerterweise die mühevollen Schreibarbeiten. Herr Rechtsanwalt Peters vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Bonn, ermöglichte schließlich die Drucklegung der Arbeit, die somit einem hoffentlich breiten Kreis baurechtlich interessierter Ingenieure und Juristen zugänglich wird.

Allen genannten Damen und Herren gilt mein aufrichtiger Dank.

München, den 1. 3. 1985

Norbert Herig

MEINEN ELTERN GEWIDMET



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548306_0004

INHALTSVERZEICHNIS

Teil I: GRUNDLAGEN DES BAUAUFTRAGSWESENS DER ÖFFENTLICHEN HAND

<u>§ 1 Das Bauauftragswesen in der Wirtschaftsordnung</u>	1
A. Das Bauauftragswesen als Beispiel für das Beschaffungswesen	2
I. Die Auftragsvergabe im Gesamtgefüge öffentlicher Verwaltung	2
II. Das Bauauftragswesen als Schwerpunkt fiskalischer Verwaltungstätigkeit	4
III. Problemstellung	7
B. Merkmale des öffentlichen Bauauftragswesen	13
I. Die Nachfrage des Staates nach Bauleistungen	13
1. Staatliche Bedarfdeckungsgeschäfte und Wirtschaftsordnung	13
2. Der Staat als Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr	14
a. Wirtschaftliche Bedeutung der staatlichen Bedarfdeckungsgeschäfte	15
b. Der Staat als atypischer Marktteilnehmer	18
3. Der Staat als Nachfragemacht auf dem Baumarkt	22
a. Die Besonderheiten des Industriezweiges Baumarkt	22
b. Die Bauwirtschaft im wirtschaftlichen Gesamtgefüge	24
c. Der Markt für Hochbauleistungen	24
d. Der Markt für Tiefbauleistungen	25
e. Zusammenfassung	26
II. Die Organisation der Bauverwaltung	28

§ 2	<u>Dogmatische Bestandsaufnahme des öffentlichen Bauvertrages</u>	32
A.	Rechtsgrundlagen des Beschaffungswesens	32
I.	Gesetzliche Grundlagen	32
	1. Kompetenzbestimmung	32
	2. Einfache Gesetze	33
II.	Verwaltungsvorschriften	36
	1. Geschichte der VOB	36
	2. Rechtsqualität der VOB	39
	3. Verbindlichkeit der VOB für die öffentlichen Auftraggeber	42
III.	Preisrechtliche Vorschriften	44
B.	Grenzen der Vertragsfreiheit der Bauverwaltung	45
I.	Vorbemerkung	45
II.	Meinungsstand in der Rechtsprechung	46
III.	Meinungsstand in der Literatur	48
	1. Verfassungsrechtliche Kontrollmöglichkeiten	49
	2. Privatrechtliche Kontrollmöglichkeiten	50
C.	Kritik	52
I.	Die traditionellen Meinungen	52
	1. Problem der Rezeption von Verfassungsprinzipien	53
	2. Ansatzpunkt Rechtsmißbrauch	56
II.	Das Verwaltungsverfahrensrecht als Konkretisierungsmaßstab	59
	1. Der öffentlich-rechtliche Vertrag	60
	2. Nutzbarmachung der Bestimmungen des VwVfG	60
III.	Zusammenfassung	64

<u>Teil 2:</u>	BESTANDSAUFNAHME UND ANALYSE DER PRAXIS DER ÖFFENTLICHEN BAUAUFTRÄGE	66
<u>§ 3</u>	<u>Überblick über den Aufbau der öffentlichen Bauaufträge</u>	66
A.	Projekttablauf einer Baumaßnahme	67
I.	Allgemeines	67
II.	Die einzelnen Bauphasen	68
1.	Vorbereitungsphase	68
2.	Bauausführungsphase	69
3.	Baubeendigungsphase	70
B.	Der Bauauftrag und seine einzelnen Bestandteile	71
I.	Überblick über die verschiedenen Vertragsbestand- teile	71
II.	Rangfolge der Vertragsbestandteile	73
III.	Die rechtlichen Vertragsbedingungen	76
1.	Die Allgemeinen Vertragsbedingungen	76
2.	Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen	76
3.	Die Besonderen Vertragsbedingungen	80
4.	Abgrenzungsmerkmale von Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen	81
a.	Kein abschließender Regelungskatalog	81
b.	Problem der praktischen Anwendung	83
IV.	Die Technischen Vorschriften	85
1.	Überblick	85
2.	Die Allgemeinen Technischen Vorschriften	86
a.	Einführung	86
b.	Aufbau der DIN-Normen Teil C	87
c.	Einbeziehung in den Vertrag	89
d.	Funktion der Allgemeinen Technischen Vor- schriften	89

aa. Technische Vorschriften als Grundlagen der technischen Leistungsanforderung	89
bb. Die Technischen Vorschriften als Ver- kehrssitte	91
3. Die Zusätzlichen Technischen Vorschriften	93
a. Einführung	93
b. Vertragsrechtliche Regelungsbefugnis	94
c. Technische Regelungsweite	95
4. Die Besonderen Technischen Vorschriften	96
 V. Grenzen der Wirksamkeit der Vertragsbedingungen	 97
1. Einleitung	98
2. Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes	98
a. Träger öffentlicher Verwaltung	98
b. Der Begriff des Verwenders	99
c. Vielzahl von Verträgen	99
3. Wirksamkeitsvoraussetzungen für AGB	100
4. AGBG und die rechtlichen Vertragsbedingungen	101
a. Allgemeine Vertragsbedingungen	101
b. Zusätzliche Vertragsbedingungen	102
c. Besondere Vertragsbedingungen	102
5. AGBG und die technischen Vertragsbedingungen	104
a. Allgemeine Technische Vorschriften	104
b. Zusätzliche Technische Vorschriften	105
c. Besondere Technische Vorschriften	107
 VI. Standardisierte rechtliche und technische Vertrags- bedingungen	 108
1. Standardisierung der rechtlichen Vertragsbedin- gungen	108
a. Einführung	108
b. Vergabehandbücher	109
c. Standardisierte Vertragsbedingungen	111
2. Standardisierung der technischen Vorschriften	114
a. Ursachen der technischen Standardisierung	114
b. Beispiele für standardisierte technische Vorschriften	114 116

VII. Die Aufsteller standardisierter Vertragsbedingungen	117
1. Die Bauverwaltungen von Bund und Ländern	117
2. Der Deutsche Verdingungsausschuß	117
3. Die Bundesanstalt für Straßenwesen	118
4. Die Forschungsanstalt für das Straßen- und Verkehrswesen	118
C. Defizitvermutung der Unausgewogenheit der Vertragsbedingungen (Zusammenfassung)	119
I. Die Nachfragemacht als juristische Machtposition	119
II. Komplexität des Bauvertrages	120
III. Fehlende Inanspruchnahme von Rechtsschutzmöglichkeiten ¹²²	
IV. Fehlende Konkretisierung der Rechtsbindung der Bauverwaltung	124
<u>§ 4 Empirische Untersuchung der inhaltlichen Ausgestaltung öffentlicher Bauverträge</u>	125
A. Projektbeschreibung	125
I. Einführung	125
II. Vorgehensweise	126
B. Analyse der Vertragsbedingungen	128
I. Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen	128
1. Einführung	128
2. Vergütung	129
a. Vergütungsumfang	130
b. Festpreise	134
c. Vergütungsgleitklauseln	137
aa. Lohngleitklauseln	137
bb. Stoffpreisgleitklauseln	139
d. Massenänderungen	140

e. Vergütung bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen	141
f. Einschränkung der Vertragsleistung	145
g. Zusammenfassung	147
3. Ausführungsunterlagen und Ausführung	148
a. Prüfungspflicht	148
b. Beweissicherung	150
c. Überwachungsrecht des Auftraggebers	152
d. Verhältnis des Auftragnehmers zu Dritten	153
e. Nachunternehmer	154
f. Schutzvorschriften für den Nachunternehmer	157
g. Sicherungspflichten und Schutzmaßnahmen	159
h. Fristen	163
i. Baustellenräumung	165
4. Kündigung	166
a. Wettbewerbsabrede als außerordentlicher Kündigungsgrund	166
b. Schadensersatzansprüche bei unzulässigen Wettbewerbsabreden	169
5. Haftung	170
6. Abnahmeregeln	172
a. Abnahme	172
b. Teilabnahme	174
c. Mängel als Abnahmeverweigerungsrecht	175
7. Gewährleistung	177
a. Gewährleistungsdauer	177
b. Mängelbeseitigung	179
8. Abrechnung	181
a. Abrechnungspläne	181
b. Sicherheitsleistungen	182
c. Schlußzahlung	184
d. Abtretung	186
II. Die Besonderen Vertragsbedingungen	187
1. Überblick	187
2. Regelungen in den Besonderen Vertragsbedingungen	190

3. Weitere Besondere Vertragsbedingungen	191
a. Rechtsgrundlage und Vertragsbestandteile	192
b. Erkundungs- und Überprüfungspflichten	193
c. Ausführungsunterlagen	196
d. Qualitätsuntersuchungen	197
e. Sonstige Bestimmungen	198
 III. Die Zusätzlichen Technischen Vorschriften	 198
1. Überblick	198
2. Die standardisierten Zusätzlichen Technischen Vorschriften	201
a. Einführung	201
b. Die ZTVE-StB 76	202
aa. Gewährleistungsfrist	202
bb. Ausgleichsschichten	204
cc. Prüfungen	205
dd. Abrechnung	206
c. Die ZTV-K 80	206
aa. Vertragsrechtliche Bestimmungen	207
bb. Statische Berechnung	208
cc. Bauausführung	208
dd. Qualitätsanforderungen	210
3. Die speziellen Zusätzlichen Technischen Vorschriften	211
a. Die Vertragsrechtliche Bestimmungen	212
aa. Die Beachtung behördlicher und gesetzlicher Vorschriften	212
bb. Verkehrssicherung der Baustelle	212
cc. Beweissicherung, Vorarbeiten	213
dd. Herstellen von Überfahrten	214
ee. Ausführung der Arbeiten	215
ff. Wasserhaltungsarbeiten	217
gg. Straßenaufbruch- und -wiederherstellungsarbeiten	218
hh. Erdarbeiten	219
ii. Abnahme, Abrechnung und Gewährleistungsfristen	221

b. Die Technischen Bestimmungen	221
C. Zusammenfassung	224
I. Formale Feststellungen	224
II. Inhaltliche Feststellungen	226
<u>§ 5 Folgerungen für die Kontrolle der Bauverwaltung</u>	229
A. Problem der mangelnden Vertragsgerechtigkeit	229
B. Lösungsmodelle	233
I. Repressive Kontrollmodelle	233
1. Vergabegesetz	233
2. Zur Anwendung kartellrechtlicher Maßnahmen	235
3. VOB-Stellen	240
4. Zur Anwendung des AGB-Gesetzes	242
5. Meinungsverschiedenheiten bei Verträgen mit Behörden (§ 18 Nr. 2 VOB/B)	243
6. Fazit	244
7. Kontrollmaßstäbe	245
a. Vertraglicher Interessenausgleich	245
b. Chancengleichheit der Vertragspartner	246
c. Wohl der Allgemeinheit	247
d. Überlagerung unterschiedlicher Rechtssätze	250
II. Präventive Kontrolle	252
1. Einleitung	252
2. Modell der Kooperation	252
a. Notwendigkeit der Zusammenarbeit von Staat und Wirtschaft	252
b. Bedeutung der Kooperation für den Bauvertrag	254
3. Möglichkeiten der Ausgestaltung der Kooperation	256

a. Anhörungsrechte	256
b. Mitwirkungsrechte	257
c. Entscheidungsrechte	258
4. Beispiel für die Ausgestaltung der Gremienarbeit	259
a. Regelungsumfang	259
aa. Standardisierung	260
bb. Konkretisierung	261
b. Organisation	263
c. Problem der Verbindlichkeit	264
d. Ausblick	265

Zusammenfassung	267
-----------------	-----

Literaturverzeichnis	270
----------------------	-----

Abkürzungsverzeichnis	288
-----------------------	-----

1. TEIL

GRUNDLAGEN DES BAUAUFTRAGSWESENS

DER ÖFFENTLICHEN HAND

§ 1

Das Bauauftragswesen in der Wirtschaftsordnung

A. Das Bauauftragswesen als Beispiel für das Beschaffungswesen.

I. Die Auftragsvergabe im Gesamtgefüge öffentlicher Verwaltung

Die Formen öffentlicher Verwaltung sind so mannigfaltig, daß eine eindeutige Einteilung der verschiedenen Arten der Verwaltung nicht möglich ist. Je nach den Gesichtspunkten, die einer Einteilung zugrunde gelegt werden, ergeben sich verschiedene Kategorien öffentlicher Verwaltung, die sich teils tangieren, teils überschneiden. Solche Anknüpfungspunkte können beispielsweise der Träger der Verwaltung, die Rechtsform der Verwaltung und die spezielle Art der Verwaltungsaufgabe sein ¹⁾.

1) Vgl. v. Münch in Erichsen/Martens, Allg.VerwR, S. 13.

Bezüglich der Rechtsform unterscheidet man hoheitliche und fiskalische Verwaltung. Hoheitliche Verwaltung findet in den Formen öffentlichen Rechts statt, wohingegen sich die fiskalische Verwaltung der Formen des Privatrechts bedient. Die Frage der Abgrenzung gehört zu den strittigsten Problemen der Rechtswissenschaft, da sie entscheidend für die Rechtswegzuständigkeiten ¹⁾ ist ²⁾.

Der Umfang hoheitlicher bzw. fiskalischer Verwaltung hat im Laufe der Zeit - besonders seit Beginn dieses Jahrhunderts - eine unterschiedlich starke Ausprägung erfahren. Die Aufgaben des Staates werden durch das gesellschaftliche System und die materiellen Bedürfnisse seiner Bürger bestimmt; die Vorstellung der politisch organisierten Mitglieder der Gesellschaft über die zu verwirklichenden Staatsaufgaben findet ihren Niederschlag in Art und Umfang öffentlicher Verwaltungstätigkeit ³⁾. War früher die Eingriffsverwaltung als das klassische Beispiel hoheitlicher Verwaltungstätigkeit anzuführen, bei der mit Befehl und Zwang in das freie Belieben des Menschen eingegriffen wurde ⁴⁾, so zeigt sich mit der Wende zum sozialen Rechtsstaat, wie sie bzw. ihn das Grundgesetz proklamiert, auch ein verstärktes Vordringen der leistenden Verwaltung ⁵⁾, die für die Verbesserung der Lebensqualität der der _____

1) § 13 GVG einerseits und § 40 VwGO andererseits.

2) Vgl. dazu die Zusammenstellung der verschiedenen Theorien bei Kopp, VwGO, § 40 Rn 1 ff.

3) Dies zeigt sich für den Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts in dem Verhältnis zwischen der Autonomie der Wirtschaft und der Eingriffs- und Regelungsbefugnis des Staates, Badura in v. Münch, Bes.VerwR, S. 276.

4) Wolff/Bachof, VerwR I, § 3 I c 2.

5) Vgl. zur Leistungsverwaltung ausführlich Haverkate, Rechtsfragen des Leistungsstaates, Tübingen 1983.

Mitglieder des Gemeinwesens ¹⁾ im Zuge der Gestaltung der gesellschaftlichen Ordnung ²⁾ sorgt.

Die fiskalische Verwaltung, d.h. das Tätigwerden des Staates in seiner Eigenschaft als Privatrechtssubjekt, vollzieht sich in drei Tätigkeitsbereichen ³⁾,

- nämlich: (1) in Bedarfsverwaltung im Sinne der Anschaffung der für die Verwaltungstätigkeit notwendigen Sachgüter,
(2) in erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit der öffentlichen Hand ⁴⁾,
(3) im Verwaltungsprivatrecht ⁵⁾.

Die vorliegende Arbeit befaßt sich nur mit der Bedarfsverwaltung, die auch als sogenanntes Hilfsgeschäft der Verwaltung bezeichnet wird ⁶⁾. Damit sollen nicht nur jene Handlungen der Verwaltung auf Privatrechtsebene beschrieben werden, die dazu dienen, den Verwaltungsapparat in sachlicher und personeller Hinsicht intakt zu halten ⁷⁾, sondern generell die Beschaffung der Güter, die der

1) Siehe v. Münch in Erichsen/Martens, aaO., S. 22.

2) BVerfGE 8, 329.

3) Vgl. v. Münch, aaO., S. 28.

4) Vgl. dazu Badura in v. Münch, Bes.VerwR, S. 348 ff. mit weiteren Nachweisen.

5) Als Verwaltungsprivatrecht bezeichnet man die Erfüllung hoheitlicher Aufgaben in der Rechtsform des Privatrechts; vgl. Wolff/Bachof, VerwR I, § 23 II b; Badura, aaO., S. 347.

6) Forsthoff, Auftraggeber, S. 7.

7) So Bogs, BB 1963, S. 1269 (1271), wobei sich der Bereich der personellen Bedarfsdeckung schon zu einer eigenständigen gesetzlich und tarifvertraglich durchformten Rechtsmaterie entwickelt hat.

Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben benötigt ¹⁾.

II. Das Bauauftragswesen als Schwerpunkt fiskalischer Verwaltungstätigkeit

Die bloße Funktion für Beschaffungszwecke, d.h. das Charakteristikum der dienenden, die Erfüllung staatlicher Aufgaben vorbereitenden Rolle, stand bei der Bedarfsverwaltung so lange im Vordergrund ²⁾, wie die Eingriffsverwaltung die dominierende Tätigkeit öffentlicher Verwaltung war und die kapitalistische Wirtschaftsform sich noch nicht der Methoden der Großserienproduktion bediente; denn seit es ein organisiertes Gemeinwesen gibt, hat es immer die Notwendigkeit gegeben, öffentlichen Bedarf zu decken ³⁾.

Die aufkommende Industrialisierung bedingte einen verstärkten Ausbau des Verwaltungsapparates in personeller und sachlicher Ausstattung. Die Anforderungen von Handel, Industrie und Gewerbe an den Staat, die infrastrukturellen Produktionsbedingungen

-
- 1) Vgl. Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 61.
 - 2) Zur Instrumentalisierung und Politisierung öffentlicher Aufträge, Weissenburg, Öffentliche Aufträge, DB 1984, S. 2285 (2286 f.)
 - 3) Vgl. Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 29; Pietzcker, Staatsauftrag, S. 304, Zuleeg, Rechtsschutz und Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, WuV 1984, S. 112 ff.; Unger, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge, BauR 1984, S. 465 ff.; Stern, Grundsätze, WuV 1984, S. 69 f.

zu verbessern, wuchsen ebenso, wie die Ansprüche des Bürgers nach mehr Lebensqualität und besseren Umweltbedingungen stiegen.

Der Staat versuchte, diesen Aufgaben in zweifacher Hinsicht gerecht zu werden. In seiner Funktion als Gesetzgeber schuf er den rechtlichen Ordnungsrahmen ¹⁾, in dem sich die Entwicklung des Gemeinwesens vollziehen konnte; in der des Privatrechts-subjektes, des Marktteilnehmers am Wirtschaftsgeschehen, beschaffte er sich die Leistungen am Markt, wozu die Wirtschaft Produktionskapazitäten in immer erheblicherem Umfang zum Zwecke staatlicher Bedarfsbefriedigung bereithalten mußte. Erst der Bau von Verkehrswegen, die Erschließung von Bauland, die Errichtung eines Kommunikationsnetzes machen die Vorteile moderner Produktionsmethoden nutzbar. Die Schaffung einer leistungsfähigen Wasserver- und -entsorgung, der Bau von Kläranlagen, Wohnungen und Bildungseinrichtungen ist Grundvoraussetzung für ein gehobenes Maß an Lebensqualität.

Diese Beispiele verdeutlichen, daß sich das Schwergewicht fiskalischer Verwaltungstätigkeit längst nicht mehr auf den Ankauf von Büromaterial für das Finanzamt beschränkt. Neben dem Ankauf von

1) Beispielsweise das Bundesbaugesetz (BBauG) v. 23.6.1960 (BGBl. I S. 341), Baunutzungsverordnung (BauNVO) v. 26.6.1982 (BGBl. I S. 429), Städtebauförderungsgesetz (StBauFG) v. 27.7.1981 (BGBl. I S. 1125)

Gütern ¹⁾ für die Bundeswehr ²⁾, die Bundesbahn und die Bundespost ³⁾, steht die Nachfrage nach Bauleistungen im Vordergrund fiskalischer Verwaltungstätigkeit. Auf dem Bausektor zeigt sich die Schlüsselstellung des Staates als Nachfrager wirtschaftlicher Leistungen besonders ausgeprägt ⁴⁾, denn hier treten als Auftraggeber neben den verschiedenen Bundesressorts, der Bundesbahn, der Bundespost, die Bauverwaltungen der elf Bundesländer, von ca. 9.000 Gemeinden ⁵⁾ sowie die sonstigen öffentlich-rechtlich organisierten juristischen Personen auf ⁶⁾.

Angesichts des Umfangs solcher staatlicher Bedarfsdeckungsgeschäfte und ihrer Relevanz auf den gesamten Wirtschaftsprozess des Staates ist der staatlichen Beschaffungstätigkeit große Aufmerksamkeit zu schenken ⁷⁾.

-
- 1) Vgl. statt aller Pietzcker, Staatsauftrag, S. 237; Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 18.
 - 2) Vgl. Schliken, BB 1959, S. 385.
 - 3) Vgl. zur Nachfragemacht der Deutschen Bundespost Graf, Probleme der Nachfragemacht öffentlicher Abnehmer, 1981, S. 103 ff., 289 ff., sowie zur Nachfragemacht der Bundesbahn Walse, BB 1979, S. 915 ff.
 - 4) Vgl. Barnikel, Wettbewerbsbeschränkungen, WuV, S. 90 (103).
 - 5) Vgl. Pietzcker, Staatsauftrag, S. 306.
 - 6) Vgl. Welter, Der Staat als Kunde, S. 43.
 - 7) Vgl. Unger, aaO., S. 466 ff.; Zuleeg, Rechtsschutz, S. 112 f.

III. Problemstellung

Die nicht greifbaren Grundzusammenhänge von Staats- und Verwaltungsrecht ¹⁾, wie auch der Umstand, daß die Rechtsordnung dem Staat kein eigenes Normenwerk bereitgestellt hat, nach denen die Bedarfsdeckung zu erfolgen hat ²⁾, mögen dafür ausschlaggebend gewesen sein, daß sich der Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge traditionell in einem rechtlichen Halbdunkel befunden hat ³⁾. Dort - an der Grenzstelle zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht - konnte sich staatliches Handeln in der Form des Privatrechts frei entfalten, ohne daß die Rechtsdogmatik diesen Bereich staatlicher Tätigkeit schon theoretisch durchdrungen hatte.

Eine Änderung trat ein, als die Verflechtung von Staat und Wirtschaft zu wachsen begann ⁴⁾. Durch den starken Einfluß der öffentlichen Aufträge auf die Wirtschaft infolge ihres finanziellen Umfangs ⁵⁾ - zumal in einer Phase gedämpften Wirtschaftswachstums - rückt die rechtliche Problematik der Vergabe öffentlicher

1) So Badura, VVDStRL Heft 30 (1972), S. 327 (330).

2) So Schmidt-Salzer, Tätigwerden, WiR 1/1972, S. 103.

3) Vgl. Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 61.

4) Die volkswirtschaftliche Untersuchung von Welter, Der Staat als Kunde, 1960, sowie die Schrift von Forsthoff, Der Staat als Auftraggeber, 1963, gaben den Anstoß, die rechtliche Regelung der staatlichen Beschaffungstätigkeit neu zu überdenken.

5) Weissenberg, RIW/AWD 1980, S. 825 Fn 2.

Aufträge mehr in das Interesse der Rechtswissenschaft ¹⁾; auch die Tendenz der verstärkten rechtlichen Normierung der Auftragsvergabe auf europäischer und internationaler Ebene trägt dazu bei ²⁾.

-
- 1) Vgl. dazu insbesondere Pietzcker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandeln, 1978; ders., Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, AöR 107 (1982), S. 61 ff.; Kunert, Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, 1977; Walther, Das öffentliche Auftragswesen, 1979; Schmidt-Salzer, Tätigwerden des Staates in zivilrechtlichen Handlungsformen im Bereich der Daseinsvorsorge und des Beschaffungswesens, WiR 1/1972, S. 103 ff.; Cramer/Kayser, Die öffentliche Auftragsvergabe an Klein- und Mittelbetriebe, 1976; Mengert, Staat und Gemeinden als Auftraggeber der Wirtschaft, 1966; Graf, Probleme der Nachfragemacht öffentlicher Abnehmer, S. 117 ff.; ferner unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse in Österreich: Wenger, Das Recht der öffentlichen Aufträge, 1977; Langer, Probleme der Vertragsgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, 1977; Bös, Öffentliche Aufträge in Österreich, 1968; sowie der Schweiz, Leiggner, Die Vergebung von öffentlichen Aufträgen der Gemeinwesen als Problem des Rechtsstaates, 1976. Zuleeg Rechtsschutz und Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, WuV 1984, S. 112 ff.; Barnikel, Wettbewerbsbeschränkungen in der Bauwirtschaft, WuV 1984, S. 90 ff.; Riechmann, Wettbewerbliche Probleme bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, insbesondere den Gemeinden, AfK 1983, S. 226 ff.; Stern, Grundsätze für öffentliche Aufträge aus aktueller Sicht, WuV 1984, S. 69 ff.; Weides, Öffentliche Ausschreibung der Bauaufträge, Betriebswirt. Blätter 1983, S. 423 ff.; Weissenberg, Öffentliche Aufträge - Instrumente neutraler Beschaffung oder staatliche Steuerung, DB 1984, S. 2285 ff.; Unger, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge, BauR 1984, S. 465 ff.
 - 2) Siehe dazu die rechtsvergleichenden Arbeiten von Schmitz, Das Recht der öffentlichen Aufträge am Gemeinsamen Markt, 1972; Langer, Öffentliche Auftragsvergabe im internationalen Vergleich, ZfBR 1980, S. 267 (270); Weissenberg, Rechtliche Probleme der Vergabe öffentlicher Aufträge im nationalen, europäischen und internationalen Bereich, RIW/AWD 1980, S. 825 ff.

Das Hauptgewicht der bisher zu diesem Komplex veröffentlichten Arbeiten lag in einer rechtlicher Darstellung des öffentlichen Beschaffungswesens allgemein, d.h. in dem Versuch der rechtsdogmatischen Aufarbeitung der stärkeren Verflechtung von Staat und Wirtschaft im Beschaffungswesen. Dabei geht es vornehmlich um die Frage der Rechtsbindung der öffentlichen Hand und des Anspruchs des privaten Anbieters auf Beteiligung am Vergabeverfahren sowie der gerechten Bewertung seines Angebots.

Standen demnach die Verfahrensteilnahme und die Angebotsbewertung im Zentrum der rechtswissenschaftlichen Diskussion, so soll in der vorliegenden Arbeit der Schwerpunkt auf der vertraglichen Ausgestaltung der zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Unternehmer geschlossenen Vereinbarung liegen; diese Untersuchung will - in Ermangelung vergleichbarer Arbeiten - die gegenwärtige Diskussion über das öffentliche Beschaffungswesen auf eine praxisanalytische Ebene ausweiten. Aus diesem Grunde war aus der Vielzahl öffentlicher Beschaffungstätigkeiten ein bestimmtes Gebiet herauszugreifen, wobei sich das Bauauftragswesen der öffentlichen Hand ¹⁾ gleich aus mehreren Gründen anbot. Diese liegen neben dem hohen Anteil im Rahmen des gesamten staatlichen Auftragsvolumens ²⁾, seiner wirtschaftlichen Relevanz ³⁾, der dezentralisierten Beschaffung ⁴⁾ sowie der unterschiedlichen Struktur auf der Angebots- und der Nachfrageseite ⁵⁾ vor allem darin, daß der Bauproduktmarkt als abgrenzbarer Inlandsmarkt ausgeprägte Beschaffungsstrukturen aufweist. Die Entwicklung

1) Unter diesem Begriff werden hier zusammengefaßt: der Bund, die Länder, die Gemeinden, die Landkreise und alle übrigen Gebietskörperschaften.

2) Vgl. dazu unten § 1 Kap. B.

3) Vgl. unten § 1 Kap. B.

4) Vgl. Pietzcker, Staatsauftrag, S. 237 f.

5) Vgl. Herbst, Wettbewerb, S. 38 ff.

neuer Technologien im Rahmen der Wiederherstellung internationaler Wettbewerbsfähigkeit oder im Rahmen sicherheitspolitischer Überlegungen spielt hier praktisch keine Rolle, so daß die Untersuchung nicht Gefahr läuft, auf das Gebiet des Subventionsrechts abzugleiten, denn die Grenze zwischen Zuwendung (Subvention) und der Vergabe beispielsweise eines Forschungsauftrages (Bedarfsdeckungsgeschäft) ist häufig hauchdünn ¹⁾.

Die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand und die dem Bauvertrag zugrunde liegenden Vertragsbedingungen stehen oft im Blickfeld der Kritik der bauausführenden Industrie ²⁾, doch hat das Verhalten der öffentlichen Hand als Vertragspartner in rechtstat-sächlicher Hinsicht wenig Beachtung in der juristischen Literatur gefunden ³⁾. Die Ursache hierfür ist darin zu sehen, daß Bewerber um Staatsaufträge (potentielle Vertragspartner) sowie später dann die Auftragnehmer öffentlicher Bauaufträge sich mit dem öffentlichen Auftraggeber äußerst selten vor Gericht streiten, so daß es der Rechtswissenschaft an Rechtsprechungsmaterial fehlt, aus dem sie Anregungen schöpfen kann ⁴⁾.

1) Vgl. Pietzcker, Rechtsbindungen, AöR 107, S. 64.

2) Die 4. Bautechnische Tagung der Wirtschaftvereinigung Bauindustrie e.V. Nordrhein-Westfalen, die im Januar 1980 stattfand, stand unter dem Thema: Die Zusätzlichen Technischen Vorschriften in der Kritik, vgl. ausführlich Die Bauwirtschaft 1980, S. 134 ff., 280 ff.

3) Vgl. dazu den Hinweis bei Jagenburg, BauR-Sonderheft 1/1977, S. 1 f; die Arbeiten von Forsthoff, Auftraggeber, Weick, Standardbedingungen, sowie die einschlägigen Kommentare zur VOB zählen zu den Ausnahmen

4) Pietzcker, ebd., S. 64; die Hauptgründe sind die besondere Machtposition der Auftraggeber und die Eigenarten der Bauwirtschaft.

Mit der vorliegenden Arbeit soll daher ein Beitrag zur Erforschung von Rechtstatsachen im Bauvertragsrecht geliefert werden, einer Materie, wo Recht und Technik aufeinanderstoßen und wo sinnvolle Problemlösungen nur gemeinsam durch Juristen und Ingenieure getroffen werden können. Angesichts der wirtschaftlichen und wirtschaftspolitischen Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe erscheint es geboten, gerade auch die Vertragsgestaltung der Bauverwaltungen bei Bauverträgen einem größeren Kreis Interessierter offenzulegen ¹⁾.

Gegenstand der Arbeit ist die Analyse der rechtlichen und technischen Vertragsbestimmungen, die die öffentliche Hand dem Bauvertrag zugrunde legt und ihre Auswirkung auf das Vertragsverhältnis im Sinne eines vertraglichen Interessenausgleiches. Ferner sollen Möglichkeiten untersucht werden, wie ausgewogene Standardvertragsbedingungen aufgestellt werden können.

Die wirtschaftliche und dogmatische Einordnung des öffentlichen Bauvertrages in unser Rechts- und Wirtschaftssystem stellt in Grundzügen den Ausgangspunkt der Untersuchung dar. Es schließt sich eine ausführliche Darstellung über den Aufbau und inhaltlichen Regelungsgehalt des Bauvertrages an, ohne die sich die rechtlichen und technischen Zusammenhänge bei der dann folgenden Analyse der Praxis der öffentlichen Bauverträge kaum strukturieren lassen.

1) Die Arbeit greift insofern eine Anregung von Jagenburg, Der Einfluß des AGB-Gesetzes, S. 3, auf, "... den was es gerade im Bereich der öffentlichen Hand mit ihrer fast monopolartigen Vergabemacht an oft bücherdicken Vertragsbedingungen gibt, die zum Nachteil des Auftragnehmers von der VOB abweichen, ist schon lange eine Untersuchung wert".

Die Aktualität der Arbeit liegt in einer Bestandsaufnahme der Auswirkungen des AGB-Gesetzes und der mit diesem Gesetz verfolgten Intention des Gesetzgebers - nämlich des Schutzes des wirtschaftlich schwächeren Verbrauchers vor dem wirtschaftlich Stärkeren - auf den Bauvertrag der öffentlichen Hand mit dem privaten Unternehmer; denn es ist nicht anzunehmen, daß der AGB-Gesetzgeber die öffentliche Hand vor den Auftragnehmern schützen wollte, sondern eher umgekehrt ¹⁾. Damit einher geht die Frage der Abänderbarkeit der VOB durch einseitige ergänzende Vertragsbedingungen.

Es kommt hinzu, daß das Vertragsverhältnis zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Unternehmern in letzter Zeit aufgrund der vom Bundeskartellamt wegen Preisabsprachen verhängten Bußgeldern in Millionenhöhe in den Blickpunkt des öffentlichen Interesses gerückt ist ²⁾. Der Blick auf die Symptome verfälscht die Diagnose und schafft keine Abhilfe noch eine zufriedenstellende Lösung für die Zukunft. Dafür bedarf es der Ermittlung von Rechtstatsachen, weil sie zur Erkennung der Ursachen beitragen, ohne die sich eine Verständigungsbasis der Beteiligten ³⁾ nicht finden läßt. Die vorliegende Arbeit möchte deshalb einen Anstoß geben, daß zwischen den Vertragspartnern am Bauparkt einheitliche und ausgewogene Vertragsbedingungen aufgestellt werden.

-
- 1) Vgl. Jagenburg, Der Einfluß des AGB-Gesetzes, S. 3; insofern war die Einführung und Verbindlichkeitserklärung der VOB im Bereich der öffentlichen Hand also selbst ein Akt des Verbraucherschutzes, der nottat, Jagenburg, ebd.
 - 2) Siehe Süddeutsche Zeitung Nr. 227 v. 3.11.1983, S. 11, Kommentar "Kind der Not"; zur Rechtsgrundlage der verhängten Geldbußen, Barnikel, Wettbewerbsbeschränkungen in der Bauwirtschaft, WuV 1984, S. 90.
 - 3) Daß es sich hierbei um kein branchentypisches Einzelproblem handelt, zeigt die Diss. von Hanisch, Allgemeine Einkaufs- und Bestellbedingungen in der metallverarbeitenden Industrie, München 1981.

B. Merkmale des öffentlichen Bauauftragswesens

I. Die Nachfrage des Staates nach Bauleistungen

1. Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Wirtschaftsordnung

Unserem Verständnis eines modernen Rechtsstaates entspricht es, daß die Bedarfsdeckung des Staates in den Formen des Privatrechts auf dem freien Markt erfolgt ¹⁾. Sachgüter und Leistungen, derer der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben bedarf, beschafft er sich - gleichsam wie ein Privater - im rechtsgeschäftlichen Verkehr. Lediglich beim Erwerb von Grundeigentum und den damit zusammenhängenden dinglichen Rechten an Grundstücken ist dem Staat durch die Enteignungsgesetze hoheitlicher Erwerb möglich. Abgesehen davon, daß es sich hierbei um nicht beliebig reproduzierbare Wirtschaftsgüter handelt, steht der staatliche Eigentumserwerb unter dem Vorbehalt des Art. 14 III GG.

1) Vgl. Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 23; Altmann, Auftragswesen, S. 64; Forsthoff, Auftraggeber, S. 7; Rüfner, Handlungsformen, S. 348 ff., 370 ff.; Badura in v. Münch, Bes.VerwR, S. 318; Pietzcker, Staatsauftrag, S. 235; ders. Rechtsbindungen, S. 73; Ossenbühl, DÖV 1971, S. 513 (518); Schmidt-Salzer, Tätigwerden, S. 105; Walther, Auftragswesen, S. 11; Fikentscher, Geschäftsgrundlage, S. 48, 52 ff.; sowie BGH, DVBl 1968, S. 145; BVerwG, DVBl 1971, S. 111, Riechmann, Wettbewerbliche Probleme, AfK 1983, S. 226 ff. 235 ff.).

Die Verfassung enthält keine Regelungen, wie staatlicher Bedarf gedeckt werden soll ¹⁾. Weder ergeben sich aus Art. 2 I GG und Art. 14 GG die Postulate, daß der gesellschaftliche Bedarf an Gütern ausschließlich durch Private zu produzieren sei, noch schreiben umgekehrt Art. 15 GG und Art. 20 I GG staatliche Eigenproduktion vor, wie andererseits auch die Verfassung keine Aussage über das Verbot von Eigenproduktionen enthält ²⁾. Auf Art. 12 GG läßt sich ein Verbot nicht stützen, denn diese Bestimmung steht einer Überführung einer privaten Tätigkeit auf den Staat nicht entgegen, sofern der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtet wird ³⁾. Auch hierin zeigt sich die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes ⁴⁾, die dem Staat die Art und Weise seiner Bedarfsdeckung freistellt, sofern sie sich in den verfassungsrechtlichen Grenzen bewegt.

2. Der Staat als Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr

Wird fiskalische Tätigkeit als die Form staatlichen Handelns aufgefaßt, in der der Staat wie ein Privater am rechtsgeschäftlichen Verkehr teilnimmt, so stellt sich die Frage, ob darauf allein privatrechtliche Normen Anwendung finden oder eine öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise geeigneter erscheint. Im folgenden sollen daher die staatlichen Bedarfsdeckungsgeschäfte näher betrachtet und ihre Unterscheidungsmerkmale zu privaten Bedarfsdeckungs-

1) Vgl. Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 68 ff.

2) So Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 131; Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 61; Isensee, DB 1979, S. 145 (149).

3) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 12 Rn 401 ff.; zur Heranziehung Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben ausführlich v. Heimbürg, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 149 ff.

4) Grundlegend BVerfGE 4, 7 (17 ff.); BVerfGE 7, 400 ff.; BVerfGE 29, 402 ff., BVerfGE 30, 292 (315 f.).

geschäften herausgearbeitet werden ⁵⁾.

a. Wirtschaftliche Bedeutung der staatlichen Bedarfsdeckungs-
geschäfte

Die fiskalische Tätigkeit des Staates wird in der Literatur häufig als Hilfsgeschäft der Verwaltung bezeichnet ²⁾, so daß man annehmen könnte, der Umfang staatlicher Aufträge in bezug auf die Wirtschafts- und Sozialordnung sei nur von untergeordneter Bedeutung. Allein die Summen, die für die Anschaffung eines Kampf-
flugzeuges für die Bundeswehr oder für den Bau von U-Bahnen erforderlich sind, lassen erhebliche Zweifel aufkommen. Zwar sind genaue Zahlen und Daten infolge fehlenden aufbereiteten Zahlen-
materials schwierig zu erhalten ³⁾, doch vermögen die nachfolgen-
den Angaben einen ungefähren Anhaltspunkt über die wirtschaft-
liche Nachfragemacht der öffentlichen Hand zu geben.

-
- 1) Vgl. eingehend dazu Kartte/Mühl, Das öffentliche Auftrags-
wesen in der marktwirtschaftlichen Ordnung, S. 195 ff.;
Klingmüller, Baumarkt und Wettbewerb in der Bundesrepublik
Deutschland, S. 19 ff.; Rupprecht, Baumarkt und Wettbewerb
in der Bundesrepublik Deutschland aus der Sicht des Auf-
traggebers, S. 60 ff.; Rheinisch-Westfälisches Institut für
Wirtschaftsforschung (RWI), Öffentliche Hand und Baumarkt -
Voraussetzungen und Möglichkeiten einer Koordinierung, S. 9
ff.; Enquete über die Bauwirtschaft, Stuttgart 1963; Cramer,
Die öffentliche Auftragsvergabe an Klein- und Mittelbetriebe,
S. 8; Herbst, Wettbewerb und Wettbewerbsbeschränkungen
bei der Ausschreibung, S. 38 ff.; über die volkswirtschaft-
liche Bedeutung der Bauwirtschaft ausführlich Gutachten des
IFO-Institutes, Baumarkt und öffentliche Hand, S. 10 ff. und
passim; sowie Mai, Die Bauwirtschaft 1981, S. 1407 ff.; Sitte,
Partner am Baumarkt, Die Bauverwaltung 1965, S. 717 f;
Langer, Vertragsgestaltung, S. 65 ff.
 - 2) Vgl. Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 20; Pietzcker,
Staatsauftrag, S. 304; Badura in v. Münch, Bes.VerwR, S.
318; Rübner, Formen, S. 351 ff.; Forsthoff, Auftraggeber, S.
22 ff.
 - 3) Siehe dazu auch die Bemerkungen bei Pietzcker, ebd.

Nach Offe/Runge wurden im Jahre 1969 von den Gebietskörperschaften und Sozialversicherungen für Sachmittel und Investitionen 72,48 Mrd. DM ausgegeben, was einem Anteil von 29,8 v.H. an den gesamten Staatsausgaben entspricht ¹⁾. Im Jahre 1975 betrugen die Käufe von Waren und Dienstleistungen ca. 107 Mrd. DM, dies kommt einem Anteil von 25 v.H. an den gesamten öffentlichen Ausgaben nahe ²⁾.

Allein vom Umfang dieser Ausgaben ³⁾ erscheint es angebracht, die Qualifizierung der Bedarfsdeckungsgeschäfte als Hilfgeschäfte als eine Bagatellisierung zu bewerten ⁴⁾. Aber auch von der Zielsetzung her ist die Beschreibung der staatlichen Auftragsvergabebetätigkeit als Bedarfsdeckungsgeschäfte kaum noch gerechtfertigt, denn neben den Aspekt der günstigen Beschaffung - Mikroaspekt - ist bei der Auftragsvergabe der Aspekt der makroökonomischen Verantwortung - Makroaspekt ⁵⁾ - in den Vordergrund getreten.

-
- 1) Zitiert nach Kunert, aaO., S. 18; vgl. auch Weissenberg, RIW/AWD 1980, S. 825; Menzel, DB 1981, S. 303; Kirchhof, Verwalten, S. 326 ff.
 - 2) Vgl. Kartte/Mühl, Das öffentliche Auftragswesen, S. 196.
 - 3) Nach Weissenberg, Öffentliche Aufträge, S. 2285 Fn 9, entfallen etwa 10 % des deutschen Bruttosozialprodukts auf die Vergabe öffentlicher Aufträge, EG-weit sind es bereits 15 %.
 - 4) So auch Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 20; Forsthoff, Auftragswesen, S. 21; ebenfalls Badura, VVDStRL Heft 30 (1972), S. 330 (Diskussionsbeitrag: das Auftragswesen der öffentlichen Hand ist nicht einfach fiskalische Hilfstätigkeit der Verwaltung, denn durch sein Volumen und die Art und Weise wie es verwendet wird, gehört es in die so nicht greifbaren Grundzusammenhänge des Staats- und Verwaltungsrechts hinein).
 - 5) Vgl. Pietzcker, Staatsauftrag, S. 252.

Der Staat bedient sich heutzutage des Instrumentariums Staatsauftrag immer mehr ¹⁾ für - den Rahmen des reinen Beschaffungszweckes sprengende - Lenkungsmaßnahmen im Bereich der Wirtschaft ²⁾. Die stetig wachsende volkswirtschaftliche Bedeutung der Staatsaufträge und die neben den ökonomischen Aspekten stärkere Betonung sozialpolitischer Kriterien ³⁾ verlangen eine geänderte Betrachtungsweise staatlicher Auftragsvergabetätigkeit, bei der das Hauptaugenmerk auf der gesellschaftspolitischen, im Grundgesetz statuierten Staatszielbestimmung liegt.

-
- 1) Zur historischen Entwicklung der Staatsaufträge als Instrument der Wirtschafts- und Sozialpolitik vgl. Pietzcker, aaO., S. 304 ff.; ausführlich hierzu Weissenberg, Öffentliche Aufträge, S. 2285 ff.
 - 2) Altmann, Auftragswesen, S. 13 ist beizupflichten, wenn er die staatlichen Bedarfsdeckungsgeschäfte als einen bestimmenden Faktor im Wirtschaftsleben bezeichnet; ebenso Menzel, DB 1981, S. 303.
 - 3) Dazu ausführlich Menzel, ebd.; ebenfalls Weissenberg, aaO., S. 2286 ff., der für die Politisierung öffentlicher Aufträge folgende Beispiele nennt: (1) Umweltschutz, (2) Sozialpolitik, (3) Arbeitsmarktpolitik, (4) Industriepolitik, (5) Entwicklungshilfe.

b. Der Staat als atypischer Marktteilnehmer

Die gesellschafts- und wirtschaftspolitische Ordnung fußt auf marktwirtschaftlichen Grundprinzipien und Ordnungsvorstellungen, deren Bestand und Funktion Voraussetzung für die marktwirtschaftliche Ordnung ist. Der funktionierende Wettbewerb der Marktpartner ist der entscheidende Garant für die Aufrechterhaltung der sozialen Marktwirtschaft, die ökonomischen Wohlstand und gesellschaftliche Freiheit für jeden einzelnen gebracht hat ¹⁾.

In dieses System ist auch der Staat als Auftraggeber integriert; die vorhandenen Strukturen hat er zu beachten, um sie in ihrer Funktionsfähigkeit zu erhalten. Das volkswirtschaftliche Modell der sozialen Marktwirtschaft beruht auf den Prinzipien des privaten, auf dem Boden der verfaßten Rechtsordnung frei handelnden Unternehmers und Verbrauchers. Eine Störung des Systems kann dann eintreten kann, wenn ein Marktpartner, wie z.B. die "öffentliche Hand", sich nicht systemkonform verhält.

Der öffentliche Auftraggeber beschafft sich seine Güter nicht mittels des von ihm erwirtschafteten Gewinns, sondern mit ihm anvertrauten Mitteln. Nicht er trägt das Risiko einer unwirtschaftlichen Investition, nicht ihn treffen Verluste, sondern die Allgemeinheit und damit den Steuerzahler ²⁾. Der öffentliche Auftraggeber wird daher von guten wie von schlechten Geschäften nicht direkt tangiert; Erfolg und Mißerfolg lassen sich kaum messen. Für den privaten Unternehmer ist das wirtschaftliche Ergebnis seiner Investitionen ein bedeutendes Steuerungselement, das ihm die Qualität seiner unternehmerischen Entscheidung immer vor Augen hält und ihm eine wichtige Orientierungshilfe gibt.

-
- 1) Vgl. Kartte/Mühl, Das öffentliche Auftragswesen, S. 195; Welter, Der Staat als Kunde, S. 35 ff.
 - 2) Vgl. Walthelm, Auftragswesen, S. 30; Welter, aaO., S. 51; Graf, Nachfragemacht, S. 189; Flottmann, Das deutsche Preisrecht, 1943, S. 167.

Der öffentliche Auftraggeber ist in seinem Freiheitsraum als Marktteilnehmer eingeschränkt; er hat nicht die Souveränität eines privaten Konsumenten: Der Bedarf des Staates ist nämlich Zwangsbedarf ¹⁾. Der Staat hat sich nach den Wünschen und Vorstellungen seiner Bürger zu richten. Er hat die ihm übertragenen Aufgaben und Funktionen zur Zufriedenheit und Sicherheit seiner Bürger zu erfüllen ²⁾. Der Staat kann sich nicht aus Rücksicht auf ungünstige Marktsituationen seinen Verpflichtungen entziehen, sondern muß zwangsläufig den Bedarf nach Art, Umfang und Zeit decken. Der öffentliche Auftraggeber kann also nicht, wie es einem Privaten möglich ist, elastisch auf die Marktsituation reagieren.

Der Unterschied zwischen dem privaten und dem öffentlichen Auftraggeber wird noch sichtbarer, wenn wirtschafts- und sozialpolitische Zielsetzungen die Auftragsvergabe beeinflussen ³⁾. Für den Bereich der Konjunkturpolitik wurde dies durch das Stabilitätsgesetz im Jahre 1967 gesetzlich normiert ⁴⁾. Kernstück dieser Regelung ist der Einsatz staatlicher Investitionspolitik zum Zwecke einer globalen Konjunktursteuerung; die Verstetigung des Wirt-

-
- 1) Vgl. Langer, Vertragsgestaltung, S. 232; Schmitz, Öffentliche Aufträge, S. 35; Kirchhof, Verwalten, S. 327; Welter, Der Staat als Kunde, S. 52; Graf, Nachfragemacht, S. 185; Pietzcker, Staatsauftrag, S. 252, 308; Walthelm, Auftragswesen, S. 34; zu den Bauaufträgen der öffentlich-rechtlichen Sparkassen siehe Weides, Betriebswirtschaftl. Blätter 1983, S. 423 ff.
 - 2) Walthelm, aaO., S. 34.
 - 3) Vgl. Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 130; Walthelm, ebd. S. 31 ff.; zur politischen Instrumentalisierung von Staatsaufgaben siehe Weissenberg, Öffentliche Aufträge - Instrumente neutraler Beschaffung oder staatlicher Steuerung?, DB 1984, S. 2285 ff.
 - 4) Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft v. 8.6.1967 (BGBl. I S. 582).

schaftsablaufes soll dabei durch eine antizyklische Konjunkturpolitik gewährleistet werden. Doch hat sich mittlerweile herausgestellt, daß sich die Haushalte der öffentlichen Hand immer dem wirtschaftlichen Trend angepaßt haben ¹⁾, was zur Folge hatte, daß die Haushaltsgelder dann nicht zur Verfügung standen, wenn sie aus konjunkturellen Gründen erforderlich gewesen wären ²⁾.

In vielen Fällen wird im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe die Bevorzugung bestimmter Bewerber gesetzlich vorgeschrieben ³⁾. Die Bedarfsdeckung verfolgt in solchen Fällen Lenkungsmaßnahmen im Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik, um aus gesellschaftspolitischen Gründen Wettbewerbsnachteile bestimmter Personengruppen auszuschalten ⁴⁾.

-
- 1) So Kartte/Mühl, Das öffentliche Auftragswesen, S. 196 f.
 - 2) Zu dem Problem der Koordinierungspolitik zur Nachfrageverstärkung siehe Enquete über die Bauwirtschaft, Bd. 1 Kap. 2.3.13 ff.; zu den Möglichkeiten der Kostenersparnis bei verstetigter Nachfrage im Straßenbau siehe Holberndt, Straße und Autobahn 1967, S. 511 ff.
 - 3) Vgl. dazu § 74 Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen (BVFG) idF v. 3.9.1971 (BGBl. I S. 1565); §§ 68, 90 a Bundesentschädigungsgesetz (BEG) idF v. 29.6.1956 (BGBl. I S. 559); § 12 a Bundesevakuierungsgesetz (BEvakG) v. 13.10.1961 (BGBl. I S. 1865); §§ 54, 56 Schwerbehindertengesetz (SchwG) v. 29.4.1974 (BGBl. I S. 1005); § 2 Zonenrandförderungsgesetz idF v. 5.8.1971 (BGBl. I S. 1237); sowie die Richtlinien für die bevorzugte Berücksichtigung von Personen und Unternehmen aus dem Zonenrandgebiet und aus Berlin (West) bei der Vergabe öffentlicher Aufträge idF v. 11.8.1975 (BAnz. Nr. 152 v. 20.8.1975); Richtlinien für die Berücksichtigung bevorzugter Bewerber bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Vertriebene, Sowjetzonenflüchtlinge, Verfolgte, Evakuierte, Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten) idF v. 5.8.1981 (BAnz. Nr. 156 v. 25.8.1981); Richtlinien zur angemessenen Beteiligung kleinerer und mittlerer Unternehmen in Handwerk, Handel und Industrie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach der VOL idF v. 1.6.1976 (Beil. zum BAnz. Nr. 111 v. 16.6.1976) sowie der VOB (DIN 1960); ferner § 31 PostVerwG, § 50 BBahnG sowie die Mittelstandsförderungsgesetze (MfG) der Länder; ebenfalls Menzel, DB 1981, S. 303.
 - 4) So Waltheim, Auftragswesen, S. 33.

Daneben hat die öffentliche Hand preisrechtliche Regelungen zu beachten, auf die später noch näher eingegangen werden soll ¹⁾.

Im Vergleich mit dem privaten Nachfrager zeigt sich, daß sich der Staat teils in einer bevorzugten, teils auch in einer benachteiligten Stellung befindet ²⁾. Dies äußert sich vor allem in einer geringeren Flexibilität auf marktwirtschaftliche Erfordernisse, die zwangsläufig zu finanziellen Auswirkungen führt. Die gesellschafts- und sozialpolitischen Aufgaben, die der Staat im Rahmen der Vergabetätigkeit wahrnimmt, belasten ihn im Gegensatz zu einem privaten Unternehmer. Hier sei auf den Umstand hingewiesen, daß die stark schwankende Nachfrage speziell nach Bauleistungen nicht wettbewerbsfördernd wirkt, sondern gerade wettbewerbsbeschränkende Absprachen der einzelnen Anbieter zum Nachteil der öffentlichen Auftraggeber eher fördert ³⁾.

Die schwächere Stellung des Staates als Marktteilnehmer schlägt dort in eine überlegene um, wo aufgrund der Stärke der Nachfrage und der Struktur der nachgefragten Leistung der Staat zu einem dominierenden oder sogar monopolistischen Marktteilnehmer wird ⁴⁾. Beispiele dafür sind der Rüstungsbedarf der Bundeswehr, der Post- und Fernmeldebedarf der Bundespost, der Bedarf an Lokomotiven, Waggons und Gleisen der Bundesbahn und schließlich der Markt für Bauleistungen. Dem Verhältnis öffentlicher Auftraggeber und privater Auftragnehmer auf dem Baumarkt soll im folgenden besondere Beachtung geschenkt werden.

1) Siehe dazu unten § 2 Kap. A.

2) So Welter, Der Staat als Kunde, S. 48 f.

3) Ebenfalls Walthelm, Auftragswesen, S. 83 f.; Enquete über die Bauwirtschaft, Bd. 2, S. 89 ff.; Maier-Mannhardt, Süd-deutsche Zeitung Nr. 105 v. 7.5.1983, S. 33; Fikentscher, Geschäftsgrundlage, S. 48 ff.; ferner Kleine Anfrage an die Bundesregierung betr. Wettbewerbsverhältnisse am Baumarkt v. 2.6.1976, BT-Dr 7/5275.

4) Vgl. Bachof, VVDStRL 19 (1961), S. 259 (260), "der Staat übt seine Gewalt heute durch ganz andere Mittel aus: nicht zuletzt durch seine ökonomische Macht, die ihrem Wesen nach etwas anderes ist als ökonomische Macht privater Wirtschaftsunternehmen, da sie nicht auf erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit beruht, sondern primär auf der Steuerpotenz".

3. Der Staat als Nachfragemacht auf dem Baumarkt

a. Die Besonderheiten des Industriezweiges Baumarkt

Für die heutige Industrieproduktion kennzeichnend ist die technisierte Produktherstellung, die sich im Einsatz von Maschinen und in der Verwendung von Halbfabrikaten und vorgefertigten Teilen (Arbeitsteilung) zeigt. Für den Verkaufserfolg spielen außer Preis und Qualität, Service und Reparaturfreundlichkeit eine wichtige Rolle. Übersteigt die Produktion den Absatz, kann bei der industriellen Massenproduktion, die Anpassung auch über die Lagerhaltung erfolgen.

Diese Möglichkeiten stehen dem Anbieter von Bauleistungen nicht zur Verfügung ¹⁾. Er produziert die Güter nicht im voraus in der Erwartung, sie anschließend absetzen zu können ²⁾. Eine kontinuierliche Produktion wie in der Industrie scheidet wegen fehlender Lagerhaltungsmöglichkeiten aus. Der Bauherr beauftragt den Bauunternehmer vielmehr mit der Herstellung eines bestimmten Bauwerkes. Der Einsatz von Maschinen ist nur zu einem bestimmten Teil möglich, vorgefertigte Teile können nur in gewissem Maße eingesetzt werden.

Der Wettbewerb der Unternehmer erfolgt fast ausschließlich über den Preis, denn er ist der für die Auftragsvergabe entscheidende Faktor ³⁾. Die Qualität der Arbeit ist nur in wenigen Fällen für

1) Vgl. dazu eingehend Enquete über die Bauwirtschaft, Bd. 1 S. 50 ff., Bd. 2 S. 89 ff. und passim; IFO-Institut, Gutachten, S. 21 ff.

2) Die Ausnahme bilden die Hersteller von Fertighäusern, deren Marktanteil am Gesamtvolumen der erbrachten Bauleistungen nicht sehr ins Gewicht fällt.

3) Vgl. auch Kommentar Ruhr-Nachrichten, Dortmund, Nr. 216 v. 17.9.1983 "Im öffentlichen Bau bleibt Vernunft oft auf der Strecke", die Unternehmer der Bauindustrie können die Konkurrenz nur mit Hilfe der Preise aus dem Feld schlagen.

die Erteilung des Auftrags ausschlaggebend, weil sie größtenteils durch Planung, Konstruktion und Bauüberwachung bestimmt wird.

Eine größere Rolle spielen da noch Faktoren wie Zuverlässigkeit des Auftragnehmers, die Einhaltung von Terminen etc.; doch kann festgestellt werden, daß der potentielle Bauherr im Normalfall davon ausgeht, daß der billigste Anbieter das Bauwerk mit der gleichen Sorgfalt und dem gleichen Qualitätsstandard errichten wird, wie ein teurerer Anbieter.

Entscheidend für den geschäftlichen Erfolg des Bauunternehmers ist somit die Kalkulation. Die Ausschreibungsunterlagen, die die Kalkulationsbasis bilden, müssen die Leistung klar, eindeutig und umfassend beschreiben; andernfalls ist es dem Unternehmer unmöglich, den Preis zu errechnen, der seinen Aufwand plus Risiko und Gewinn abdeckt. Der Preis errechnet sich für jedes Bauwerk neu ¹⁾. Die Kostenunterschiede ergeben sich aus immer wieder anderen Baustellenbedingungen, anderen Materialien, anderen Konstruktionen, anderen Transportwegen etc., um nur ein paar wichtige Kostenfaktoren aufzuführen. Da jedes Bauwerk verschieden ist, hat der Bauunternehmer nicht die Möglichkeit, seinen Kostenapparat zu adjustieren. Jeder Auftrag hat aufgrund ihm eigener Rahmenbedingungen seine eigene Kostenstruktur. Gewinn und Verlust ergeben sich immer nur für jeden einzelnen Auftrag. Das Verhalten der öffentlichen Hand als Nachfrager auf dem Bauemarkt ist danach zu beurteilen, inwieweit sie durch die Auftragsvergabe dazu beiträgt, daß sich ein Marktpreis bilden kann ²⁾.

1) Vgl. RWI, Öffentlicher Bauparkt, S. 11.

2) Hierzu ausführlich auch Stern, Grundsätze, WuV 1984, S. 69 (80 ff.).

b. Die Bauwirtschaft im wirtschaftlichen Gesamtgefüge ¹⁾

Der Beitrag des Baugewerbes zum Bruttoinlandsprodukt ²⁾ ist von 5,4 v.H. im Jahre 1954 auf 6,7 v.H. im Jahre 1978 gestiegen; die Rekordmarke betrug 9,8 v.H. im Jahre 1964. Der Auftragseingang für das Bauhauptgewerbe belief sich im Jahre 1979 auf insgesamt 2249 Mrd. DM, wovon ca. 55 v.H. auf den Hochbau und 45 v.H. auf den Tiefbau entfielen ³⁾.

c. Der Markt für Hochbauleistungen

Auf der Angebotsseite ist dieser Markt durch eine Vielzahl von Anbietern gekennzeichnet; die Zahl der Anbieter wird für das Jahr 1979 mit ca. 27.000 angegeben ⁴⁾. Auf der Nachfrageseite treten neben der öffentlichen Hand gemeinnützige Wohnungsunternehmen, gewerbliche Unternehmen und private Haushalte als Nachfrager in Erscheinung. Der Anteil des öffentlichen Hochbaues betrug im Jahre 1964 ca. 18 v.H. des Hochbauvolumens ⁵⁾. Angesichts dieser Größenordnung kann man von einem Nachfragemonopol bzw. -teilmonopol der öffentlichen Hand auf dem Hochbaumarkt nicht sprechen, auch wenn zu berücksichtigen ist, daß ein erheblicher Teil der übrigen Nachfrager von der öffentlichen Hand Finanzierungs-hilfen erhält ⁶⁾.

-
- 1) Vgl. hierzu Barnikel, Wettbewerbsbeschränkungen, WuV 1984, S. 90 (103).
 - 2) Vgl. zum Zahlenmaterial Baustatistisches Jahrbuch 1980, hrsg. vom Hauptverband der Deutschen Bauindustrie, Wiesbaden; Daten zur Baukonjunktur 1981, Die Bauwirtschaft 1981, S. 1786 ff.; Jahrbuch des Deutschen Baugewerbes 1982, S. 99.
 - 3) Vgl. Mai, Die Bauwirtschaft 1981, S. 1407; die Bauwirtschaft ist nach dem Staat der zweitgrößte Wirtschaftsbereich; ferner Baustatistisches Jahrbuch 1980, S. 51 ff.; IFO-Institut, Gutachten, S. 26 ff.
 - 4) Baustatistisches Jahrbuch, ebd.
 - 5) Herbst, Wettbewerb, S. 40.
 - 6) Herbst, aaO. S. 43.

d. Der Markt für Tiefbauleistungen

Die Angebotsseite auf dem Markt für Tiefbauleistungen wird - betrachtet man das gesamte Bundesgebiet - am besten durch das Modell des Polypols gekennzeichnet ¹⁾. In der Bundesrepublik gab es im Jahre 1979 ca. 8.300 Betriebe, die schwerpunktmäßig Tiefbauleistungen anboten ²⁾. Während im Durchschnitt gesehen es sich generell um kleinere und mittlere Betriebe handelt, die das Preis- und Mengengefüge im gesamten Bundesgebiet nicht entscheidend beeinflussen können, besteht regional gesehen durchaus die Möglichkeit, daß ein Unternehmen die Angebotsseite beherrscht ³⁾.

Auf der Nachfrageseite stehen als Auftraggeber von Tiefbauleistungen private Personen, gewerbliche Unternehmer und die öffentliche Hand sich gegenüber. Da jedoch die Nachfrage seitens privater Personen bzw. gewerblicher Unternehmer keine nennenswerte Rolle spielt und auf das Marktgeschehen überhaupt keinen Einfluß zeigt ⁴⁾, liegt kein Polypol sondern ein Nachfragemonopol der öffentlichen Hand vor ⁵⁾.

Allerdings bleibt fraglich, wie das Verhalten der großen Zahl von öffentlichen Einzelnachfragen volkswirtschaftlich einzustufen ist.

1) Herbst, aaO. S. 39.

2) Vgl. Baustatistisches Jahrbuch 1980, S. 51 f.

3) Vgl. Herbst, Wettbewerb, S. 38.

4) Abgesehen allerdings von regionalen Präferenzen, so Herbst, aaO., S. 39 Fn 54.

5) Vgl. dazu statt aller Welter, Der Staat als Kunde, S. 43 ff.; Herbst, aaO., S. 38 f; Schmitz, Öffentliche Aufträge, S. 33 ff.; Altenmüller DVBl. 1982, S. 241; Langer, Auftragsvergabe, S. 223.

Die öffentliche Hand tritt als Nachfrager nach Bauleistungen nicht als eine einzige, mit Entscheidungsbefugnis ausgestattete juristische Person auf, vielmehr werden öffentliche Aufträge durch eine Vielzahl selbständig wirtschaftender juristischer Personen vergeben, die in die Tausenden geht ¹⁾.

Die tatsächliche Nachfragemacht läßt sich nur ermessen, wenn das schwer quantifizierbare Ausmaß der gegenseitigen Abstimmung in Betracht gezogen wird. Die Interessenslage der verschiedenen öffentlichen Nachfrager ist stark angenähert; sie ergibt sich aus der Stellung im Gemeinwesen, aus der Aufgabenerfüllung, aus der Organisations- und Personalstruktur und schließlich aus den Richtlinien, Verordnungen und sonstigen Bestimmungen, die bei der Vergabe einzuhalten sind. Man kann davon ausgehen, daß das Verhalten der einzelnen öffentlichen Nachfrager gewisse Übereinstimmungen zeigt ²⁾, so daß sich die Marktform stark einem Teilmonopol annähert. Dies tritt umso dominanter hervor, je stärker der Baumarkt sachlich und regional aufgespalten ist ³⁾.

e. Zusammenfassung

Der Blick auf die Marktstrukturen des Baumarktes hat gezeigt, daß dem Baugewerbe eine zentrale Rolle in der Wirtschaft der Bundesrepublik zukommt, die noch durch die Schlüsselstellung als Multiplikator der konjunkturellen Belebung der Inlandsnachfrage zusätzlich herausgehoben wird ⁴⁾. Der öffentlichen Hand als

1) Vgl. Pietzcker, Staatsauftrag, S. 306 f; das RWI, Baumarkt, S. 10, schätzt die Anzahl auf 25.000.

2) So auch Herbst, Wettbewerb, S. 39.

3) Vgl. RWI, Baumarkt, S. 10.

4) Pietzcker, Staatsauftrag, S. 308.

Nachfrager nach Bauleistungen kommt dabei eine ausgeprägte (Bereich Hochbau) bis marktbeherrschende (Bereich Tiefbau und Ingenieurbau) Stellung zu ¹⁾.

Bevor im folgenden Kapitel eine Bestandsaufnahme der einschlägigen Rechtsgrundlagen der öffentlichen Auftragsvergabe gegeben werden soll, empfiehlt sich vorher noch ein kurzer Blick auf die Organisation der Bauverwaltung.

-
- 1) So Kirchhof, Verwalten, S. 327; Jagenburg, Der Einfluß des AGB-Gesetzes, S. 3; Waltheim, Auftragswesen, S. 35 f; Schmidt-Salzer, Tätigwerden, S. 103; Barnikel, Wettbewerbsbeschränkungen, WuV 1984, S. 90 (103); Unger, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge, BauR 1984, S. 465 (466 ff.); Langer, Vertragsgestaltung, S. 66 f; einschränkend Schmitz, Öffentliche Aufträge, S. 34, wonach dem Nachfragemonopol des Staates in unserem System der Marktwirtschaft eine Anzahl von Kräften (z.B. Zwangsbedarf, dezentralisierte Beschaffung, öffentliche Kritik und Rechnungshof) entgegenstünden, die die Stellung des Staates der eines privaten Auftraggebers künstlich annähern würde.

II. Die Organisation der Bauverwaltung

Das Beschaffungswesen im Bereich der Bauverwaltung ist dezentralisiert, d.h. die einzelnen öffentlichen Bauherren decken jeweils ihren eigenen Bedarf ab ¹⁾. Die wichtigsten öffentlichen Bauherren sind der Bund, die Länder, die Städte und Landkreise sowie die Gemeinden.

Die größten öffentlichen Auftraggeber vom Bauvolumen her gesehen sind die Städte und Gemeinden. Sie bestreiten rund zwei Drittel der im gesamten Bundesgebiet erfolgten Sachinvestitionen, wobei auf Gemeindeebene ca. 70 v.H. bis 80 v.H. der Sachinvestitionen Bauausgaben sind ²⁾. Daraus ergibt sich die Feststellung, daß mehr als die Hälfte aller öffentlichen Bauaufträge von Gemeinden und Gemeindeverbänden vergeben werden ³⁾.

Die verwaltungsrechtliche Durchführung der öffentlichen Bauarbeiten obliegt den Bauverwaltungen der einzelnen Länder sowie denen der gemeindlichen Selbstverwaltungen; die Zuständigkeit liegt demnach - je nach Aufgabenbereich - bei den Finanzbauverwaltungen, den Staatsbauverwaltungen bzw. den kommunalen Hoch-, Straßen- und Tiefbauämtern ⁴⁾. Die Bauaufsicht dagegen gehört als staatliche Aufgabe zur Ordnungsverwaltung ⁵⁾.

1) Vgl. Pietzcker, Staatsauftrag, S. 237 ff.

2) Siehe dazu Statistisches Bundesamt, Fachserie L, Finanzen und Steuern, Reihe 1, Haushaltswirtschaft von Bund, Ländern und Gemeinden, II. Jahresabschlüsse Kommunalfinanzen, Juni 1975, S. 10.

3) So IFO-Institut, Gutachten, S. 21; das RWI, Baumarkt, S. 10, veranschlagt die gemeindlichen Bauaufträge am Gesamtvolumen auf 60 v.H..

4) In Nordrhein-Westfalen zusätzlich die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen gem. Landschaftsverbandsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 12.5.1956 (GVBl. NRW S. 271).

5) Vgl. Ernst/Hoppe, Öffentliches Baurecht, Rn 899.

Der Aufbau der Bauaufsichtsbehörden gliedert sich in die unteren und höheren Bauaufsichtsbehörden und in die obersten Bauaufsichtsbehörde ¹⁾. Letztere ist für Maßnahmen zuständig, die im jeweiligen Bundesland einheitlich gelten oder durchgeführt werden sollen wie z.B. der Erlass von Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften ²⁾.

Die Finanzbauverwaltung ³⁾ ist zuständig für Bauvorhaben des Bundesverteidigungsministeriums, der Stationierungstreitkräfte und der NATO, für Bauaufgaben im Bereich des zivilen Bevölkerungsschutzes und für die Errichtung und Unterhaltung der Finanzämter der Finanzbauverwaltungen ⁴⁾.

-
- 1) Im Saarland und in Schleswig-Holstein zweistufiger Aufbau der Bauaufsichtsbehörden; in Bayern ist die oberste Baubehörde die Abteilung II im Bayerischen Staatsministerium des Inneren gem. § 2 des Gesetzes Nr. 112 v. 9.4.1948 (Bay BS II S. 413) und gem. Art. 62 Abs. I BayBO idF v. 2.7.1983 (GVBl. S. 418), vorm. Art. 77 Abs. I BayBO idF v. 1.10.1974 (GVBl. S. 513).
 - 2) Siehe Mang-Simon, Komm. zur BayBO, 7. Aufl. 1981, Art. 77 Rn 4, Art. 80 Rn 8 bzw. Mang, BayBO 8. Aufl. 1983, Art. 62 Rn 7.
 - 3) Der Bund hat gem. § 6 Abs. 4 des Bundesgesetzes über die Finanzverwaltung (FVG) v. 6.9.1950 (BGBl. I S. 448) die Erledigung seiner Bauaufgaben den Landesvermögens- bzw. Bauabteilungen der Oberfinanzdirektionen jeweils für den Bereich der Länder übertragen. Solche Abteilungen wurden bei den Oberfinanzdirektionen im Land Baden-Württemberg aufgrund der 2. Verordnung der vorläufigen Regelung über den Aufbau der Finanzverwaltung v. 27.4.1953 (GesBl. Bd.-Württbg. S. 32) eingerichtet; in Bayern iVm Ziff. 2 der Verwaltungsanordnung v. 23.3.1953 (Bay BSV Fin. II S. 322).
 - 4) Beispielsweise gibt es in Bayern im Bereich der beiden Oberfinanzdirektionen München und Nürnberg 14 Finanzbauämter, vgl. Staatshandbuch Bundesrepublik Deutschland, Landesausgabe Freistaat Bayern, Ausgabe 1980; in Baden-Württemberg 12 Finanzbauämter, vgl. Enquete über die Bauwirtschaft, Bd. 2, S. 444.

Der Staatsbauverwaltung obliegt im Rahmen des Haushaltsplanes die Unterhaltung und Errichtung von Hoch-, Straßen- und Wasserbauten aller Art für die Landes- bzw. Staatsregierung, für die einzelnen Ministerien und die ihnen nachgeordneten Verwaltungen der Mittel- und Oberinstanz ¹⁾.

Die Bauaufgaben der Kommunen werden in eigener Verantwortung von den kommunalen Bauämtern wahrgenommen ²⁾.

-
- 1) Vgl. dazu die umfassende Darstellung RWI, Öffentliche Hand und Baumarkt, S. 9 ff. In Nordrhein-Westfalen sind gem. Runderlaß des Innenministers v. 6.11.1979 (MBI. NW 1979 S. 1966) die Staatshochbauämter den Regierungspräsidenten unterstellt. In Hessen Organisation der Aufgabenverteilung der Staatsbauämter gem. Beschluß der Landesregierung gem. Art. 104 Abs. II Hess. Verf. über die Zuständigkeiten der einzelnen Ministerien v. 21.2.1978 (GVBl. I S. 119); in Rheinland-Pfalz § 18 FVG idF v. 30.8.1971 (BGBl. I S. 1426) und Verwaltunsanordnung v. 23.3.1955 (Bay BSV Fin II S. 322). So gibt es in Baden-Württemberg 34 Autobahn- und Straßenbauämter, 40 Staatliche Hochbauämter, 8 Universitätsbauämter, 6 Wasser- und Schifffahrtsämter (des Bundes) und 23 Wasserwirtschaftsämter, vgl. Enquete über die Bauwirtschaft, S. 444. In Bayern 20 Landesbauämter gem. Gesetz Nr. 112 über die behördliche Organisation des Bau- und Wohnungswesens v. 9.4.1948 (Bay BS II S. 413) iVm der Verordnung über die Errichtung und Organisation der Staatlichen Behörden für das Bauwesen idF v. 5.7.1979 (GVBl. S. 203); 7 Hochschulbauämter, ges. Grundl. wie vor; Straßen- und Neubauamt Kempten/Allgäu gem. Verord. v. 23.3.1962 (GVBl. S. 32); Talsperrenneubauamt gem. Verord. v. 27.4.1971 (GVBl. S. 159); 2 Autobahndirektionen gem. Gesetz Nr. 112 iVm der Verord. v. 17.1.1978 (GVBl. S. 17); 22 Straßenbauämter gem. Gesetz Nr. 112 iVm der Verord. v. 5.7.1979 (GVBl. S. 203) sowie 22 Wasserwirtschaftsämter ges. Grundl. wie vor.
- 2) Dazu zählt auch die Unterhaltung bestehender Anlagen: z.B. in Baden-Württemberg 271 Städte mit zusätzlich zu zählenden 52 Hoch- u. Tiefbauämtern, 12 Gartenämtern, 2 Hafenverwaltungen, 71 Stadtwerken, 231 Gemeinde- und 63 Kreisbauämtern, vgl. Enquete über die Bauwirtschaft, ebd.

Regelmäßig wird zwischen Hochbau- und Tiefbauarbeiten unterschieden. Der Bau von Schulen, Theatern, Verwaltungsgebäuden, Museen etc. zählt zum Bereich des Hochbaues; Straßen-, Brücken- und Kanalbauarbeiten sind die wichtigsten Aufgaben im Bereich der Tiefbauämter ¹⁾.

Diese sind in den größeren Gemeinden meistens in selbständige Ämter nach Sachgebieten aufgeteilt. Der in den letzten Jahren verstärkt forcierte Ausbau von öffentlichen Nahverkehrsmitteln (Stadtbahn, U-Bahn), hat die Errichtung speziell damit befaßter Ämter erforderlich gemacht ²⁾. Da die Kommunen von der Personalausstattung her auf ein durchschnittliches Bauvolumen ausgerichtet sind, bedienen sie sich bei Großprojekten häufig der Dienstleistungen privater Ingenieur- und Consultingsbüros z.B. für die Projektplanung und -ausarbeitung sowie für die Überwachung der Baumaßnahme.

-
- 1) Die genaue Aufgabenabgrenzung der Straßenbaubehörden ergibt sich aus den Straßen- und Wegegesetzen der einzelnen Länder.
 - 2) Z.B. Das Stadtbahnbauamt der Stadt Dortmund oder das U-Bahn-Referat der Landeshauptstadt München.

Dogmatische Bestandsaufnahme des öffentlichen
Baufauftragswesens

A. Rechtsgrundlagen des Beschaffungswesens

I. Gesetzliche Grundlagen

1. Kompetenzbestimmung

Gesetzliche Regelungen auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens sind - im Gegensatz zu Frankreich ¹⁾ - in der Bundesrepublik Deutschland kaum anzutreffen ²⁾.

Die Vergabe öffentlicher Aufträge gehört zum Bereich der Finanzverwaltung, für den Art. 110 Abs. 1 GG einen Haushaltsplan vorschreibt, um den Finanzbedarf zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben zu ermitteln und seine Deckung sicherzustellen ³⁾. Hierbei handelt es sich um Normen grundsätzlichen Regelungsinhaltes, die durch die Bestimmungen des Haushaltsgrundsätze-gesetzes sowie den Haushaltsordnungen des Bundes und der Länder eine nähere Ausgestaltung erfahren haben ⁴⁾.

-
- 1) Ausführlich dazu Kohl, BauR 1983, S. 30; Langer, ZfBR 1980, S. 270 ff.
 - 2) Vgl. Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 68; Walther, Auftragswesen, S. 137; Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 141 ff.; Zuleeg, Rechtsschutz, WuV 1984, S. 112 (113 ff.).
 - 3) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 110, GG, Rn 2.
 - 4) Vgl. Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, Art. 110, GG, Rn 7.

Da das Vergabeverfahren ein Verwaltungsverfahren ist, bestimmt sich die Verwaltungskompetenz nach den dafür einschlägigen Normen der Art. 30, 83 ff. GG ¹⁾. Der Bund kauft die für seine Verwaltung benötigten Güter, ebenso wie die Länder und Gemeinden im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung, der landeseigenen Durchführung von Bundesgesetzen, der Ausführung von Landesgesetzen oder Gemeindegesetzen Aufträge vergeben.

2. Einfache Gesetze ²⁾

Da der Staat - anders als der private Auftraggeber - bei der fiskalischen Verwaltungstätigkeit dem Wohl der Allgemeinheit verpflichtet ist, enthalten das Haushaltsgrundsätzegesetz ³⁾ und die Haushaltsordnungen von Bund ⁴⁾ und Ländern grundsätzliche Vorschriften über die Haushaltswirtschaft.

In § 7 Abs. 1 BHO sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit normiert, nach denen Haushaltsmittel nur soweit als notwendig und zum genau richtigen Zeitpunkt in Anspruch genommen werden dürfen ⁵⁾.

1) Siehe Pietzcker, ebd., S. 69.

2) Die Regelungen öffentlicher Aufträge im europäischen Bereich (Art. 30 ff. EWG-Vertrag, Baukoordinierungsrichtlinie Nr. 71/304/EWG, Lieferkoordinierungsrichtlinie Nr. 77/62/EWG, etc.) und internationalen Bereich (GATT-Kodex, Gleichstellungsrichtlinie Nr. 80/767/EWG) betreffen ausschließlich die Vergabe und werden deshalb hier nicht berücksichtigt, ausführlich dazu Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 64 ff. und Weissenberg, RIW/ AWD 1980, S. 825 (827 ff.).

3) Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (HGrG) v. 19.8.1969 (BGBl. I, S. 1273)

4) Bundeshaushaltsordnung (BHO) v. 19.8.1969 (BGBl. I, S. 1284), die die alte Reichshaushaltsverordnung (RHO) v. 31.12.1912 abgelöst hat.

5) Vgl. Schmitz, Öffentliche Aufträge, S. 28

Ferner legen § 30 HGrG und § 55 Abs. 1 BHO gleichlautend fest, daß dem Abschluß von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorangehen muß. In § 55 Abs. 2 BHO wird bestimmt ¹⁾, daß beim Abschluß von Verträgen nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren ist ²⁾. Entsprechend lauten die landesgesetzlichen Regelungen. Die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) und die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) ³⁾ sind solche einheitlichen Grundsätze im Sinne der Haushaltsordnungen ⁴⁾.

-
- 1) Gleichlautend § 55 Niedersächsische Landeshaushaltsordnung, § 55 Landeshaushaltsordnung NRW § 55 Landeshaushaltsordnung für Baden-Württemberg; § 55 Hess. Landeshaushaltsordnung; § 55 Haushaltsordnung der Freien und Hansestadt Hamburg; § 55 Landeshaushaltsordnung Berlin; § 55 Landeshaushaltsordnung Rheinland-Pfalz; § 55 Landeshaushaltsordnung Schl.-Holstein; Art. 55 Haushaltsordnung für den Freistaat Bayern.
 - 2) Eine einheitliche gesetzliche Regelung des Verdingungswesens, etwa in der Form eines Submissionsgesetzes, ist bisher nicht erlassen worden, vgl. Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 32; Weilbier, Bauvergabe, S. 15.; zu den Verhältnissen in Österreich siehe Langer, Auftragsvergabe, S. 224; Bös, Aufträge, S. 366 ff.
 - 3) Verdingungsordnung für Bauleistungen, Teile A, B, C (DIN 1960), Ausgabe 1979, (BAnz. Nr. 208 v. 6.11.1979), Verdingungsordnung für Leistungen, Teile A, B (BAnz. Nr. 105/1960), ausführlich dazu Daub/Meierrose, VOL-Verdingungsordnung.
 - 4) Zur Abgrenzung der beiden Verordnungen vgl. Rundschreiben des Bundesschatzministers betr. Abgrenzung des Anwendungsbereiches der VOB u. VOL, MinBl. Fin. 1960, Nr. 16, S. 347.

Für den Bereich der kommunalen Auftragsvergabe ¹⁾ ergeben sich die die Vergabe regelnden Vorschriften zuerst einmal aus Art. 28 II GG sowie den landesverfassungsrechtlichen Normen, denn die Auftragsvergabe der Kommunen fällt als Annex in den Bereich der Selbstverwaltung. Die Gemeinden können aufgrund der in den Gemeindeordnungen enthaltenen Ermächtigungen die Vergabe im Verordnungswege regeln ²⁾, sofern keine staatlichen Vergabevorschriften materiellen Rechts etwas anderes bestimmen ³⁾.

-
- 1) Vgl. dazu insbesondere Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241; ferner Weides, Öffentliche Ausschreibung der Bauaufträge - Sind Sparkassen zu einer öffentlichen Ausschreibung ihrer Bauaufträge nach Maßgabe der VOB, Teil A, verpflichtet?, Betriebswirtschaftl. Blätter 1983, S. 423 ff.
 - 2) Z.B. Art. 123 Abs. 2 Nr. 3 BayGO; § 144, S. 1, Nr. 21 GemO Bad.-Württ.; umfassend Altenmüller, aaO., S. 242 Fn 5.
 - 3) In den Kommunal- bzw. Gemeindehaushaltsverordnungen - z.B. § 31 Abs. 2 GemHVO Bad.-Württ. v. 7.2.1973 (GBL. S. 33), § 31 Abs. 2 KommHVO Bay. v. 3.12.1976 (GVBl. S. 499), § 31 Abs. 2 GemHVO NRW v. 6.12.1972 (GV S. 418), vgl. die vollständigen Nachweise bei Altenmüller, DVBl. 1982, S. 242 Fn 6 - werden die Gemeinden verpflichtet, die Vergabegrundsätze anzuwenden, die jeweils durch Verwaltungsvorschriften in den betreffenden Ländern für verbindlich erklärt werden. Mit dieser in einem Untergremium der Innenministerkonferenz zwischen den Ländern vereinbarten Technik sollte ermöglicht werden, die Kommunen ohne förmliches Normsetzungsverfahren an die Vergaberegulungen zu binden, zu deren Erlaß die Bundesrepublik nach europäischem Gemeinschaftsrecht verpflichtet war; andernfalls hatte der Bund angedroht, notfalls eine bundesgesetzliche Regelung zu erlassen; zit. nach Altenmüller, aaO., S. 243.

II. Verwaltungsvorschriften

Die wichtigste Rechtsvorschrift für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge stellt die VOB dar ¹⁾.

Um das Verständnis für die dort getroffenen Regelungen zu erleichtern und den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit zu erhellen, soll kurz auf die geschichtliche Entwicklung eingegangen werden ²⁾, weil es wichtig erscheint, die Gesichtspunkte herauszustellen, die zur Schaffung der VOB als Konfliktregelungsnorm geführt haben.

1. Die Geschichte der VOB

Regelungen über das Verdingungswesen lassen sich bis in die Antike zurückverfolgen ³⁾. Die erste Verdingungsordnung für Bauleistungen, die als Vorläufer der heutigen VOB anzusehen ist, wurde 1926 vom Reichsverdingungsausschuß ⁴⁾ verabschiedet und durch Erlaß des Reichsfinanzministeriums an die Reichsbauverwaltung und die Landesfinanzämter eingeführt ⁵⁾.

1) Vgl. Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 77.

2) Vgl. nur angesichts der reichhaltigen Literatur Weick, Standardbedingungen, S. 27 ff.; Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 23 ff.; Kaiser, Mängelhaftungsrecht, S. 4 ff.; Köderitz, Allg. Geschäftsbedingungen, 1955, S. 8 ff.; Kirsch, Das Deutsche Verdingungswesen, 1936; Nickusch, Normativfunktion, S. 21 ff.; Walthelm, Auftragswesen, S. 58; Ingenstau-Korbion, VOB, Einl. Rn 2, 3.

3) Vgl. Herbst, Wettbewerb, S. 92.

4) Über die Zusammensetzung des Reichsverdingungsausschusses (RVA) siehe Weick, aaO., S. 39 f.

5) Siehe Bauwelt 1920, S. 799, zit. nach Kaiser, Mängelhaftungsrecht, S. 6; Steinbrecher, Neuere Vergebungsarten für Bauarbeiten im Rahmen des Verdingungswesens, 1920, S. 6 f.

Die Verdingungsordnung setzte sich aus den Teilen

- A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabung von Bauleistungen;
 - B: Allgemeine Vertragsbedingungen;
 - C: Technische Vorschriften für Bauleistungen ¹⁾
- zusammen.

Diese Aufgliederung wurde bei der Neufassung der VOB nach dem Kriege beibehalten. Der Deutsche Verdingungsausschuß (DVA) ²⁾, der dem RVA nachgebildet worden war, legte 1952 eine Neufassung der VOB vor, der 1965, 1973 und 1979 weitere Neufassungen folgten ³⁾.

Der Leitgedanke für die Einführung allgemeiner rechtlicher und technischer Vertragsbedingungen im Baurecht bestand darin, ein Normenwerk zu schaffen, das der rücksichtslosen Verfolgung fiskalischer Interessen mit obrigkeitlichem Verwaltungsstil entgegenwirken sollte. Die öffentlichen Auftraggeber nutzten - dem Prinzip des Liberalismus folgend - ihre wirtschaftliche Stellung und Nachfragemacht aus, die vertragliche Gestaltungsfreiheit in eine Diktion einseitiger Vertragsbestimmungen umzugestalten, was zu untragbaren Mißständen für Gewerbetreibende und Arbeiter im Baugewerbe führte ⁴⁾.

-
- 1) Diese Bestimmungen wurden in das Normenwerk des Deutschen Normenausschusses übernommen - DIN 1960.
 - 2) Der DVA hat 50 Mitglieder, die folgenden Gruppierungen zuzuordnen sind: Öffentliche Auftraggeber, Private Auftraggeber, Gewerkschaften, Architekten und Ingenieure sowie Sonstige, vgl. im einzelnen Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 26.
 - 3) Zur Neufassung der VOB 1973 Korbion, DB 1974, S. 77; zur Neufassung der VOB 1979 siehe Stern/Mensing, Straße und Autobahn 1979, S. 530 ff.
 - 4) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 33.

Schon damals zeigte sich, daß ein System genereller Regeln für die Bauvertragsabwicklung, also für die Standardisierung der Vertragsgestaltung, als Mittel zur Rationalisierung des Wirtschaftsablaufes durchaus geeignet ist, daß aber einseitig aufgestellte Vertragsbedingungen häufig zu Lasten des Kunden gehen und den Ausbau der Vormachtstellung des Auftraggebers fördern.

Die Gedanken, die schließlich zur Erarbeitung der VOB geführt haben, decken sich mit den Leitvorstellungen, die das AGB-Gesetz ¹⁾ verfolgt: vertraglicher Interessensausgleich zwischen verschiedenen starker wirtschaftlicher Partner, die Erhaltung eines freien Marktes und Warenverkehrs, in dem wirtschaftliches Ungleichgewicht in vertragliches Gleichgewicht umgewandelt wird.

Die VOB stellt sich als ein ausgewogenes System bauvertraglicher Regelungen dar, in dem Rechte und Pflichten der Vertragspartner hinreichend berücksichtigt und untereinander in Einklang gebracht worden sind. Dies wird von der Rechtsordnung und den am Bau geschehen beteiligten Kreisen auch anerkannt ²⁾.

-
- 1) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) v. 9.12.1976 (BGBl. I S. 3317).
 - 2) Vgl. dazu Nicklisch, BB 1974, Beil. 10, S. 2; Ingenstau-Korbion, VOB, Einl. Rn 24; Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB/B; Einl. Rn 1 ff.; Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B O.13 ff.; IFO-Institut, Baumarkt, S. 74; Kirchhof, Verwalten, S. 342; Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 29 ff.; Weitnauer, BauR 1978, S 76; Soergel in Münchn. Komm. § 631 Rn 22; Kromik-Schwager, Die neue VOB/B, S. 11 ff.; einschränkend Palandt, § 9 AGBG Anm. 7g, im wesentlichen ausgewogen; a. M. Schmidt-Salzer, BB 1973, Beil. 1 Heft 3, dagegen Hesse, BB 1973, S. 546 ff.; zum Ganzen ausführlich Weick, Standardbedingungen, S. 41 ff.

Diese Auffassung wird insbesondere auch von der Rechtsprechung vertreten; die Vorschriften der VOB entsprechen in ihrer Gesamtheit den Regeln von Treu und Glauben ¹⁾. Der BGH hat diese Einstufung der VOB neuerlich bekräftigt ²⁾.

2. Rechtsqualität der VOB

Obwohl die VOB in einem solchen Maß Gegenstand der höchst- und obergerichtlichen Rechtsprechung geworden ist, daß die Anzahl der Entscheidungen kaum noch zu überblicken ist, findet sich eine klare und eindeutige Aussage zum Rechtscharakter der VOB nicht. Die Literatur behilft sich mit plastischen Umschreibungen wie "selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft", "fertig bereit liegende Rechtsordnung", "Normensystem usw." ³⁾.

Die Frage positiv zu beantworten fällt in der Tat schwieriger aus, als die Rechtsqualität negativ abzugrenzen. Danach besteht Einigkeit in Literatur ⁴⁾ und Rechtssprechung ⁵⁾, daß die VOB nicht die Qualität einer Rechtsnorm hat: sie ist nicht Gesetz, noch Verordnung, noch Gewohnheitsrecht. Sie wird auch nicht aufgrund Handelsbrauches oder der Verkehrssitte maßgeblicher Bestandteil des Bauvertrages ⁶⁾, sondern nur durch individuelle Vereinbarungen der Vertragsparteien.

1) So BGH JR 1958, S. 99; BGHZ 22, 90 (100); BGHZ 33, 216 (219); BGHZ 41, 151 (154).

2) BGH NJW 1983, S. 816 (818), die VOB/B enthält einen im ganzen einigermaßen ausgewogenen Ausgleich der beteiligten Interessen; kritisch Peters, NJW 1983, S. 798 (803).

3) Vgl. Huhn, Bauvertrag, S. 126.

4) Vgl. Walthelm, Auftragswesen, S. 76, Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 54 ff.

5) Urteil des BGH II ZR 74/53 v. 24.2.1954, Rspr. Bau Z. 2.0 Bl. 3; nach BGH VersR 1965, S. 764 ist die VOB auch kein Schutzgesetz iSv § 823 Abs. 2 BGB.

6) Vgl. Walthelm, aaO., S. 86 ff.

Die eingangs gestellte Frage nach dem Rechtscharakter der VOB reduziert sich somit auf die Überlegung, ob die VOB allgemeine Geschäftsbedingungen darstellt. Der Gesetzgeber hat die Frage bejaht ¹⁾, denn der Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes auf die VOB ist bis auf die in § 23 Abs. 2 Nr. 5 ABGB genannten Ausnahmen ²⁾ nicht begrenzt ³⁾.

Die Rechtsprechung scheint dieser Auffassung ebenfalls zuzuneigen ⁴⁾, auch wenn sie feststellt, daß die VOB sich mit einseitigen allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht auf eine Stufe stellen lasse. Unter Bezugnahme auf § 23 Abs. 2 Nr. 5 ABGB qualifiziert der BGH jetzt die VOB als AGB ⁵⁾, betont aber wiederum den Unterschied mit sonstigen AGB ⁶⁾.

Es liegt auf der Hand, daß die Anwendung des AGB-Gesetzes auf einzelne Bestimmungen der VOB nicht unproblematisch ist ⁷⁾; doch wird bei einer isolierten Überprüfung von VOB Klauseln die Gesamtschau eines als ausgewogen angesehenen Vertragswerkes verlassen, was zu erheblichen Störungen im System der VOB führen würde ⁸⁾.

-
- 1) Kritisch, ob der Gesetzgeber diese Frage in voller Schärfe erkannt hat, Jagenburg, BauR-Sonderheft, 1/1977, S. 1 ff.
 - 2) Die VOB/B wird hinsichtlich ihrer Fiktionen und Verjährungsregelungen vom AGB-Gesetz freigestellt: § 12 Nr. 4 Abs. 1 u. 2 VOB/B (Fiktion der Abnahme) und § 12 Nr. 4 VOB/B (Gewährleistungsfrist).
 - 3) Siehe auch Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Dr 7/3919 S. 42 und Bericht des Rechtsausschusses BT-Dr 7/5422 S. 14
 - 4) BGHZ 55, 198 (200).
 - 5) BGH NJW 1983, S. 817.
 - 6) BGH, ebd., S. 818.
 - 7) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 58; Peters, NJW 1983, 798 ausführl. zu § 16 Nr. 3 II VOB/B.
 - 8) So zu Recht Locher, BauR 1977, S. 221 ff.; Weitnauer, BauR 1978, S. 73 ff.; Recken, BauR 1978, S. 418; Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 55 ff.; dagegen Ulmer-Brandner-Hensen, §§ 9-11 Rn 901 ff.; Löwe, ZfBR 1978, S. 49 ff. Hier zeigen sich die grundsätzlichen Meinungsverschiedenheiten zwischen AGB-Verfechtern und Befürwortern von ausgehandelten Standardvertragsbedingungen wie der VOB.

Die Klassifizierung der VOB als allgemeine Geschäftsbedingungen trifft in dieser Form nur auf die Teile B und C zu. Vertragsbestandteil wird die VOB/B nur durch ausdrückliche Einbeziehung in den Bauvertrag und gemäß § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B wird damit auch Teil C der VOB Bestandteil des Bauvertrages. Bei der VOB/A handelt es sich um eine im wesentlichen für öffentliche Auftraggeber bestimmte Verfahrensordnung für die Vergabe von Bauaufträgen, also das Verfahren bis zum Vertragsabschluß. Teil A wird nicht Vertragsinhalt ^{1), 2)}.

-
- 1) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 28; eingehend Schelle, Praktische Fragen zur VOB, Der Bay. Bürgermeister 1979, S. 10 ff., 33 ff.; Weides, Betriebswirtschaftl. Blätter 1983, S. 423 (425 f.); Stern, Grundsätze, WuV 1984, S. 69 (73 f.); Ingenstau-Korbion, VOB/A, Vor. § 2 Rn 1 ff.; §§ 9, 10 haben darüber hinaus für die Vertragsauslegung weitreichende Bedeutung, so Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ A 10.21 ff.
 - 2) Zu Schadensersatzansprüchen bei Verstoß gegen die VOB/A siehe Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB, Einl. Rn 11; neuerdings BGH, ZfBR 1984, S. 222; Unger, BauR 1984, S. 465 (471 f.); Pietzcker, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 1984, S. 121 ff.

3. Die Verbindlichkeit der VOB für die öffentlichen Auftraggeber

Während die Anwendung der VOB im privaten Bauvertragsrecht nur durch einzelvertragliche Regelung möglich ist ¹⁾, besteht für die öffentlichen Auftraggeber keine solche Wahlmöglichkeit. Als Ausprägung der erwähnten allgemeinen Haushaltsgrundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit wurde die Anwendung der VOB bei der öffentlichen Bauvergabe bzw. -verträgen durch Verwaltungserlasse für Bund ²⁾, Länder ³⁾ und Gemeinden ⁴⁾ zwingend vorgeschrieben.

-
- 1) Einzige Ausnahme besteht für die Anwendung der VOB im Verhältnis Hauptunternehmer - Nachunternehmer wegen § 4 Nr. 8 Abs. 2 VOB/B.
 - 2) Vgl. die Erlasse des Bundesministeriums für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau: Baumaßnahmen im Bereich der Finanzverwaltungen der Länder, Bundesbaudirektion v. 24.10.1979 (MinBIFin 1979, S. 416); des Bundesministeriums für Verkehr: Straßenbaumaßnahmen im Bereich der Straßenbauverwaltungen der Länder v. 12.11.1979 (VKBl. 1979, S. 807); Bundeswasserstraßenbauverwaltung v. 14.12.1979 (VKBl. 1979, S. 807 f.).
 - 3) Einführungserlasse: Bad.-Württ. v. 15.11.1979 (GemABl. 1980, S. 39); Bay. v. 15.11.1979 (MinABl. v. 14.12.1979); Berlin v. 30.11.1979 (DienstBl. VI 22.1.1980, S. 4); Bremen v. 26.11.1979 (DienstAnw. Nr. 410); Hambg. v. 10.3.1980 (Amtl.Anz 1980, S. 421); Hessen v. 3.3.1980 (StAnz 12/1980, S. 522); Nieders. v. 19.11.1979 (Nds.MBl. 1979, S. 1949); NW v. 24.3.1980 (MinBl. Nr. 35); Rh.-Pf. v. 9.1.1980 (MinBl. Nr. 6); Saarl. v. 26.9.1979 (Amts.Bl. Saarl. v. 21.12.1979); Schl.-H. v. 18.12.1979 (Amts.Bl. Schl.-H. 1980, S. 68).
 - 4) Vgl. die Bekanntmachungen aufgrund der Bestimmungen in den Kommunalhaushaltsverordnungen: Bad.-Württ. v. 15.11.1979 (GemABl. 1980, S. 34); Bay. v. 5.12.1979 (MinABl. Nr. 32); Hess. v. 13.3.1980 (StAnz 12/1980 S. 524); Nds. v. 19.11.1979 (Nds. MBl. 1979, S. 1949); NW v.

Man wird deshalb davon ausgehen können, daß so ziemlich allen Bauaufträgen die VOB zugrunde gelegt wird ¹⁾.

In einem solch hohen Maße ist die VOB/B im privaten Bauvertragsrecht nicht verbreitet. Nach Köderitz ²⁾, der Anfang der fünfziger Jahre eine Untersuchung bei Industrieunternehmen durchführte, betrug die Anwendung 92 v.H.; Weick schätzt sie auf 70 - 80 v.H., was zutreffender erscheint ³⁾. Dieser hohe Anwendungsgrad ist nicht zuletzt Folge einer gewissen Autorität, die sich die VOB in ihrer mehr als fünfzigjährigen Geschichte erworben hat. Noch heute ist in der Baubranche und bei den Bauherren verbreitet die Meinung zu finden, daß die VOB als Gesetz oder Quasi-Gesetz für alle Bauverträge gelte ⁴⁾.

weiter Fußnote 4, Seite 42:

26.3.1980 (MinBl. 1980, S. 734); Rh.-Pf. v. 9.1.1980 (MinBl. Nr. 6); Saarl. v. 7.12.1979 (AmtsBl. Saarl. Nr. 43); Schl.-H. v. 18.12.1979 (AmtsBl. Schl.-H. 1980, S. 68). Die Länder haben damit von der durch die 1973 eingeführte einheitliche Gemeindehaushaltsverordnung vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch gemacht.

- 1) Siehe dazu auch die Statistik der Finanzbauverwaltungen für das Rechnungsjahr 1972/73 in Die Bauverwaltung 1974, S. 420; Fleischer, Die Bedeutung der VOB für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge, DVP 1979, 157 ff.; Komm. Vergabewesen, Köln, 1970, S. 27; hierzu auch die Empfehlung von Weides, Betriebswirtschaftl. Blätter 1983, S. 423 (426) an die öffentlich-rechtlichen Sparkassen, bei der Ausschreibung die VOB Teile A und B anzuwenden.
- 2) Köderitz, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 66 ff.
- 3) Weick, Standardvertragsbedingungen, S. 55.
- 4) Vgl. Schmidt-Salzer, BB 1973, Beil. zu Heft 3, S. 2; Huhn, Bauvertrag, S. 125; Weick, aaO., S. 56.

III. Preisrechtliche Vorschriften

Die neben den Verdingungsordnungen die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand regelnden Bestimmungen betreffen das Preisrecht öffentlicher Aufträge. Zweck dieser Verordnungen ¹⁾, die aufgrund des § 2 des Preisgesetzes ²⁾ erlassen wurden, ist es, marktwirtschaftliche Grundsätze auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge verstärkt durchzusetzen. Diese Vorschriften geben dem Marktpreis den absoluten Vorrang, erlauben aber die Vereinbarung von Selbstkostenpreisen für den Fall, daß ein Marktpreis nicht zu erzielen ist bzw. die Preisbildung durch unzulässige Beschränkung des Wettbewerbes beeinflusst wird ³⁾.

Abschließend kann festgehalten werden, daß der Staat sich im Bauauftragswesen - mangels anderer (öffentlich-rechtlicher) Rechtsfiguren - der Normen des Privatrechts bedient, wobei für Vertragsabschluß und Inhaltsgestaltung das BGB i.V.m. der VOB die wichtigste Rechtsgrundlage darstellt.

-
- 1) Verordnungen: PR 30/53 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen v. 21.11.1953 (VPöA), BAnz 1953, Nr. 244; PR 1/72 über die Preise für Bauleistungen bei öffentlichen oder mit öffentlichen Mitteln finanzierten Aufträgen v. 6.3.1972 (BPVO), BAnz 1972, Nr. 49 - ersetzt die Verordnung 8/55 über die Preise bei öffentlichen Aufträgen über Bauleistungen, BAnz 1955, Nr. 249, S. 1 - samt Anlagen mit Leitsätzen über die Preisermittlung aufgrund von Selbstkosten (LSP) und Leitsätzen für die Ermittlung von Preisen für Bauleistungen aufgrund von Selbstkosten (LSP-Bau); dazu ausführlich Ebisch/Gottschalk, Preise und Preisprüfungen bei öffentlichen Aufträgen sowie Sachse/Senf, Handbuch Baupreisrecht; Koch, Öffentliche Aufträge: Höchstpreisbegrenzung und Verordnung PR 30/53, DB 1983, S. 1585 ff.
 - 2) Preisgesetz v. 10.4.1948.
 - 3) Siehe dazu Forsthoff, Auftraggeber, S. 16; Altmann, Auftragswesen, S. 38 f.; ders. Baupreisverordnung, BauR 1982, S. 446 f.; Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 96 ff.; Kirchhof, Verwalten, S. 351; Walther, Auftragswesen, S. 11 f.

B. Grenzen der Vertragsfreiheit der Bauverwaltung

1. Vorbemerkung

Die Feststellung vom privatrechtlich handelnden Staat im Rahmen des Bauauftragswesens führt zu der Frage, ob die öffentliche Hand, d.h. hier insbesondere die fiskalische Bauverwaltung - ungeachtet der Unterschiede, die gegenüber einem privaten Auftraggeber bestehen - die allgemeine Vertragsfreiheit für sich beanspruchen kann, also gleichsam als Privatperson auftreten kann. Die Frage nach der Privatautonomie der fiskalischen Bauverwaltung steht im Mittelpunkt der Überlegungen zur rechtsdogmatischen Erfassung des privatrechtlichen Staatshandelns ¹⁾. Es würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, wollte man an dieser Stelle in eine intensive wissenschaftliche Diskussion über die rechtlichen Bindungsformen der Verwaltung beim Handeln in privatrechtlicher Form einsteigen, weshalb nur auf die wichtigsten Gesichtspunkte des Meinungsstandes eingegangen werden soll.

1) Vgl. dazu insbesondere Pietzcker, Staatsauftrag, S. 356 ff.; ders. Rechtsbindungen, AöR 107, S. 60 (69 ff.); Rüffner, Formen, S. 377; Walthelm, Auftragswesen, S. 121 ff.; Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 42 ff.; Ehlers, Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, DVBl. 1983, S. 422 ff.; Zezschwitz, DVBl. 1983, S. 686 ff.; Ossenbühl, DÖV 1971, S. 513; Schmidt-Salzer, WiR 1/1972, S. 103; Kaiser, Privatautonomie, BauR 1980, S. 69 ff.; Bettermann, DVBl. 1971, S. 112; Menzel, DB 1981, S. 303 jeweils mit weiteren Nachweisen.

II. Meinungsstand in der Rechtsprechung

Bei der Frage privatautonomen Handelns bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in privatrechtlicher Form nimmt die höchstgerichtliche Rechtsprechung eine differenzierte Haltung ein. Sie unterscheidet danach, ob es sich um unmittelbare Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben handelt oder ob die beschafften Mittel erst der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben dienen sollen ¹⁾. Die fiskalischen Bedarfsdeckungsgeschäfte beurteilt der BGH nach privatrechtlichen Maßstäben ²⁾, andererseits aber betont er - ebenso wie das Bundesverwaltungsgericht ³⁾ -, daß für die öffentliche Hand auch im fiskalischen Bereich gewisse Bindungen und Schranken zu beachten sind, die für Privatpersonen nicht in entsprechender Weise gelten. Die Gerichtsentscheidungen zeigen allerdings keine Leitlinien auf, in welchen Fällen solche Bindungen anzunehmen sind und wie sie konkret ausgestaltet sein sollen ⁴⁾.

-
- 1) BGHZ 29, 76 (80) = NJW 1959, S. 431; BGHZ 52, 325; BGH NJW 1977, S. 628 (630); NJW 1977, S. 2121; NJW 1980, S. 180; BB 1981, S. 1122; ausführlich Kaiser, BauR 1980, S. 107; Pietzcker, Staatsauftrag, S. 359; Rübner, Formen, S. 348; AG Düsseldorf, DÖV 1981, S. 537 mit Anm. Pietzcker; BGHZ 36, 91 ff. (93); BGHZ 49, 77 ff.; WuW/E 1423 f.
 - 2) BGH NJW 1977, S. 628 (630); BGH, DVBl. 1968, S. 145 ff. (146).
 - 3) BverwG 5, 325 (327); 7, 89 (94); 35, 103 (106).
 - 4) Siehe dazu die Kritik bei Kaiser, aaO., S. 108; Pietzcker, aaO., S. 360.

Handelt es sich dagegen um unmittelbare Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben ¹⁾ in privatrechtlicher Form - speziell auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge ²⁾ -, so unterliegt die Verwaltung öffentlich-rechtlichen Rechtssätzen sogar dann, wenn der Staat in der Form eines rechtlich selbständigen Wirtschaftsunternehmens am Wirtschaftsleben teilnimmt ³⁾.

1) Kritisch Erichsen/Martens in ders. Allg.VerwR, S. 321, denn gibt es keine spezifischen oder originären Verwaltungsaufgaben im Bereich nicht obrigkeitlicher Tätigkeit des Staates, so ist es auch nicht möglich, mit Hilfe dieses Kriteriums grundrechtlich gebundene von bedarfsdeckender grundrechtsfreier Tätigkeit der Verwaltung in privatrechtlicher Form zu unterscheiden.

2) Zum Begriff Ossenbühl, DÖV 1971, S. 513 (514).

3) BGH NJW 1969, S. 2195 (2196); BGHZ 33, 230 (233); BGHZ 36, 91; BGHZ 52, 325 (328 ff.); BGHZ 65, 284 (287).

III. Meinungsstand in der Literatur

Die in der Literatur nahezu ¹⁾ einhellig vertretene Meinung ordnet die Auftragsvergabe der öffentlichen Hand dem Privatrecht zu ²⁾. Entscheidend dafür ist vor allem der Umstand, daß das Privatrecht die im Vergleich zum öffentlichen Recht adäquateren Mittel und Formen bereithält. Das Privatrecht verleiht dem Auftraggeber ein höheres Maß an Flexibilität und Rechtssicherheit. Einigkeit besteht ferner darin, daß die privatrechtlichen Handlungsformen des Staates Bindungen unterworfen sein müssen, die für vergleichbare Privatpersonen nicht gelten. Darüber, wie dies zu bewerkstelligen sei, gibt es verschiedene Meinungen. Bei den diskutierten Lösungsvorschlägen lassen sich zuerst einmal zwei unterschiedliche Strömungen ausmachen, von denen die eine auf den Staat als Hoheitsträger abstellt und folglich auf das Verfassungsrecht zurückgreifen will, die andere den Staat beim Beschaffungswesen primär als Privatrechtssubjekt betrachtet und deshalb privatrechtliche Institute als Schranken Kriterien heranziehen will.

-
- 1) Anders Kopp, BayVBl. 1980, S. 609 (611), der die Vergabe öffentlicher Aufträge unterschiedslos und unabhängig vom Bestehen besonderer Privilegierungsvorschriften und der Beteiligung normativ Begünstigter am Verfahren als öffentlich-rechtlich ansehen und darauf die Zwei-Stufen-Theorie anwenden will; dagegen Walther, Auftragswesen, S. 143 ff.
 - 2) Siehe dazu nur Pietzcker, Staatsauftrag, S. 362; Walther, aaO., S. 131; Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 57 ff.; Ehlers, DVBl. 1983, S. 421 ff., jeweils mit weiteren Nachweisen; Zuleeg, Rechtsschutz, WuV 1984, S. 112 (119 ff.).

1. Verfassungsrechtliche Kontrollmöglichkeiten

Die nach dem Zweiten Weltkrieg besonders von Mallmann und Zeidler ¹⁾ vertretene Meinung will jedes fiskalische Handeln der Verwaltung an die Grundrechte binden. Begründet wird dies mit dem Umstand der Identität von Staat und Fiskus ²⁾. Staatliches Handeln in privatrechtlicher Form fällt unter die Ausübung vollziehender Gewalt, denn Art. 1 III GG will die Staatsgewalt umfassend disziplinieren ³⁾. Andere wollen die Unterscheidung von fiskalischem Privatrecht – also der Staat als Fiskus wie ein Privater – und Verwaltungsrecht in Zusammenhang mit der Erfüllung derjenigen Aufgaben sehen, denen sie dienen ⁴⁾. Danach sollen die Zwecke und Motive der fiskalisch handelnden Verwaltung über die rechtliche Klassifizierung entscheiden. Diese Ansicht bewegt sich auf die Linie der Rechtsprechung ⁵⁾ und beinhaltet die Schwierigkeit, Abgrenzungskriterien für mittelbare und unmittelbare Erfüllung von Staatsaufgaben aufzustellen.

-
- 1) Mallmann/Zeidler, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL Heft 19 (1961), S. 165 ff.
 - 2) Vgl. Kaiser, Privatautonomie, S. 104.
 - 3) Erichsen/Martens in ders., S. 309 ff.; Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 1 Rn 107 ff.; 134, 136 ff.
 - 4) Vgl. Ossenbühl, DÖV 1971, S. 522 ff.; Wolff, Allg.VerwR, § 23 II a, b; Menzel, DB 1981, S. 304 ff. mit weiteren Nachweisen; Unger, BauR 1984, S. 465 (468); Zuleeg, Rechtsschutz, WuV 1984, S. 112 (119 ff.).
 - 5) Siehe nur BGHZ 29, 76.

In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag von Bachof, wonach eine Grundrechtsbindung daran geknüpft wird, ob die öffentliche Hand bei der Auftragsvergabe spezifisch staatliche Macht ausübt¹⁾. Für die Manifestation dieser Macht sind Auftragsvolumen und Marktanteil des Staates als Nachfrager die entscheidenden Kriterien.

2. Privatrechtliche Kontrollmöglichkeiten

Die grundsätzlich andere, in der Literatur vertretene Tendenz will die Übermacht des Staates bei der Beschaffungstätigkeit mit privatrechtlichen Mitteln beschränken²⁾. Darüber, wie eine solche privatrechtsimmanente Lösung aussehen soll, herrscht kein eindeutiges Meinungsspektrum vor.

-
- 1) Vgl. Bachof, VVDStRL 19, S. 259 (Diskussionsbeitrag: Der Staat sollte nur den Grundrechtsbindungen unterworfen werden, wenn er Macht ausübt. Der Staat übt seine Gewalt heute durch ganz andere Mittel aus; nicht zuletzt durch seine ökonomische Macht, die ihrem Wesen nach etwas anderes ist als die ökonomische Macht privater Wirtschaftsunternehmen, da sie nicht auf erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit beruht, sondern primär auf der Steuerpotenz.); ferner Ossenbühl, DÖV 1971, S. 513 (523); Menzel, DB 1981, S. 304.
 - 2) Vgl. Pestalozza, Formenmißbrauch des Staates, S. 22 ff. Bogs, BB 1963, S. 1269 (1270); Schmidt-Salzer, WiR 1/1972, S. 103 (106); Forsthoff, Auftraggeber, S. 15; Emmerich, Kartellrecht, S. 28 ff.; Pietzcker, Staatsauftrag, S. 364 ff., 373 ff.; Kirchhof, Verwalten, S. 333 ff.; Menzel, DB 1981, S. 305.

Neben der bei der Fiskalverwaltung anzuwendenden mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte über die wertausfüllungsbedürftigen Generalklauseln ¹⁾ legt eine andere Tendenz ²⁾ den Schwerpunkt auf die Normen des Wirtschaftsrechts, insbesondere des Kartellrechts ³⁾. Hierbei wird der Gedanke herausgestellt, daß sich im Privatrecht vielfältige Beschränkungen der Privatautonomie herausgebildet haben ⁴⁾, die sich bewährt haben und geeignet erscheinen, auf das Fiskalhandeln des Staates übertragen zu werden. Dieser Gedanke schwingt auch bei Vertretern einer dritten Tendenz mit, die die Grenzen für das zivilrechtliche Handeln des Staates unter Ausrichtung an den Grundsatz- und Sachentscheidungen des dispositiven Rechts festlegen wollen ⁵⁾. Ausgehend von der Tatsache, daß der Staat kein originärer Adressat der zivilrechtlichen Normen ist, sind auch die zivilrechtlichen Institute und Normen in ihrem ordnungspolitischen Gehalt nicht ohne weiteres auf den Staat anwendbar ⁶⁾.

-
- 1) Maunz-Dürig-Herzog-Scholz, GG, Art. 1 III Rn 110 ff.; Forsthooff, aaO., S. 16.
 - 2) Vgl. Emmerich, JuS 1970, S. 332 (336); dazu auch Kaiser, Privatautonomie, S. 105.
 - 3) Zur Bedeutung des AGB-Gesetzes als Kontrollinstrument vgl. Soergel, Die Bauwirtschaft 1980, S. 134 ff.
 - 4) Vgl. Pietzcker, aaO., S. 364; Rüfner, Formen, S. 378; Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 127 ff., 152 ff.
 - 5) Vgl. Schmidt-Salzer, Tätigwerden, WiR 1/1972, S. 103 f.
 - 6) Schmidt-Salzer, aaO., S. 111.

In diese Richtung, nämlich die des Schutzes der Institute des Zivilrechts vor institutswidrigem Gebrauch, geht auch die Argumentation von Kaiser ¹⁾, der mit Hilfe der Pflichtenstellung des fiskalisch tätigen Beamten und dem ihm durch § 35 Abs. 1 S. 1 und 2 BRRG ²⁾ vorgezeichneten Handlungsrahmen Kontrollmaßstäbe aufstellt, die zur Konkretisierung der Funktionsgrenzen staatlicher Bauverwaltung herangezogen werden können.

C. Kritik

I. Die traditionellen Meinungen

Wie die Rechtsprechung so bietet ebenfalls die Literatur - wenn auch ausgeprägter - ein Kaleidoskop der unterschiedlichsten dogmatischen Ansätze. Zwar stimmen alle Theorien darin überein, der Verwaltung auch bzw. gerade beim fiskalischen Handeln Bindungen aufzuerlegen, doch unterscheidet sie der jeweils eingeschlagene Weg.

-
- 1) Vgl. Kaiser, Privatautonomie, BauR 1980, S. 99 ff.; zustimmend Ingenstau-Korbion, VOB/B, Einl. Rn 1; kritisch Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 72; Menzel, DB 1981, S. 305 f.
 - 2) Beamtenrechtsrahmengesetz (BRRG) v. 1.7.1957 (BGBl. I S. 667) idF v. 31.1.1977 (BGBl. I S. 21).

1. Problem der Rezeption von Verfassungsprinzipien

Die in der Literatur aufgezeigten Lösungsformen wirken nicht immer überzeugend ¹⁾. Allen Lösungsvorschlägen ist gemeinsam, daß sie das fiskalische Handeln des Staates durch öffentlich-rechtlich Rechtssätze modifizieren wollen bzw. die zivil- und wirtschaftsrechtlichen Beschränkungen des Staates vermehren wollen, doch bleiben die Lösungsansätze sehr unbestimmt und vage ²⁾. Greifbarer werden allenfalls die Aussagen zu Art. 3 I GG, wobei die Autoren zu einseitig die Vergabe staatlicher Aufträge im Auge haben ³⁾, dabei übersehen, daß die Vertragsgestaltung und die Durchführung des Vertrages größere Probleme aufwerfen und finanzielle Nachteile in nicht zu unterschätzendem Ausmaß für den Unternehmer bedeuten können.

Bei der verfassungsrechtlichen Lösung fragt es sich, ob die Grundrechte und die mit ihnen zusammenhängenden Besonderheiten als Schranken geeignet sind, den Besonderheiten der Bedarfsdeckungsgeschäfte gerecht zu werden. Die Grundrechte, speziell die Menschenrechte, sollen die Freiheitssphäre des Menschen vor Eingriffen des Staates schützen, sie geben dem Menschen den Raum, sich zu verwirklichen. In diesem, durch die Grundrechte vor äußerem Zugriff geschützten Raum versucht das Privatrecht, dem einzelnen die Mittel zur Hand zu geben, um seine Interessen im Rahmen der gesellschaftlichen Ordnung zu verfolgen bzw. stellt das Privatrecht ihm die Mittel zur Lösung von Interessenkonflikten zur Verfügung. Daß der Gesetzgeber dabei die Interessen der

1) Vgl. Kaiser, aaO., S. 107; Menzel, aaO., S. 305; Walthelm, Auftragswesen, S. 135 ff.

2) Vgl. neben Kaiser, aaO., S. 107 f., Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (425).

3) Vgl. die umfangreichen Ausführungen bei Walthelm, Auftragswesen, S. 190 ff.; Rübner, Formen, S. 391; Menzel, DB 1981, S. 305; Pietzcker, Staatsauftrag, S. 379 ff.

einzelnen Rechtssubjekte verschieden bewertet und unterschiedlich schützt, ergibt sich zwangsläufig aus dem Sinn der Regelung ¹⁾.

Gegen die undifferenzierte Einbeziehung grundrechtlicher Schranken spricht die Tatsache, daß die effiziente Abwicklung der Beschaffungstätigkeit mit den Grundrechten in Konflikt geraten würde. Im Zentrum des Interesses steht der Anspruch aus dem Gleichheitssatz, weil sich die meisten Grundrechtsverstöße auf eine gleichheitswidrige Differenzierung zurückführen lassen ²⁾. Wenn jedoch dem Bürger in allen seinen Beziehungen zum Fiskus subjektive Rechte auf Gleichbehandlung und Beachtung aller Grundprinzipien des öffentlichen Rechts gewährt werden müßten, wäre dies verhängnisvoll ³⁾. Ein Übermaß an Forderung an Gleichbehandlung müßte jeden Ansatz zu einer rationellen und zweckgerichteten Verwaltung im Keime ersticken ⁴⁾. Die Möglichkeit der Verwaltung in einzelnen Fällen schnell und wirksam zu handeln, wäre der Verwaltung damit weitgehend genommen ⁵⁾.

1) Vgl. Kaiser, Privatautonomie, S. 104.

2) Vgl. Rübner, Formen, S. 390.

3) Rübner, aaO., S. 396.

4) So Rübner, ebd.; Kaiser, Privatautonomie, S. 104; kritisch dazu Pietzcker, Staatsauftrag, S. 369, wonach die Charakteristika der Marktteilnahme einer Grundrechtsbindung nicht grundsätzlich entgegensteht und deshalb die Bindung an die Grundrechte differenziert nach Sachbereichen erfolgen soll; ders., Rechtsbindungen, S. 71, der Gleichheitssatz paßt sich den Besonderheiten des jeweiligen Sachbereiches an und erlaubt deshalb eine gebührende Berücksichtigung des staatlichen Interesses an effizienter Beschaffung; a.A. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (425).

5) Zutreffend Rübner, ebd.; Scheuner, VVDStRL 19, S. 264 f., spricht in diesem Zusammenhang vom Prinzip der kleinlich gleichmäßigen Zuteilung nach dem System der Lebensmittelkarte.

Wenn man den Bereich der Vergabe von Staatsaufträgen verläßt und allein die Vertragsgestaltung und -durchführung betrachtet, zeigt sich, wie sich die Bedeutung des Gleichheitssatzes reduziert; denn hier geht es dem privaten Unternehmer nicht um Teilnahme an der Ausschreibung (diese hat er gewonnen, der Zuschlag ist ihm erteilt worden), sondern um ausgewogene Vertragsregelungen. Die Rezeption von Verfassungsprinzipien zur inhaltlichen Beschränkung staatlicher Beschaffungsgeschäfte stellt hierfür kein geeignetes Mittel dar. So hat Kaiser ¹⁾ gezeigt, daß Sozialstaats-, Rechtsstaatsprinzip und Übermaßverbot in einem antinomischen Verhältnis zu den Grundsätzen stehen, die die Finanzbauverwaltung zu beachten hat. Fiskalische Handlungen erfordern einen bestimmten Handlungsraum, um als Nachfrager am Markt auftreten zu können. Der Wirtschaftsverkehr entsteht aus Angebot und Nachfrage, setzt also ein elastisches, den Marktverhältnissen angepaßtes Verhalten voraus; dies muß den den öffentlichen Bedarf deckenden Stellen möglich sein, wollen sie ihre Bauleistungen marktgerecht einkaufen. Ebenso darf der Staat dem privaten Anbieter nicht jegliches wirtschaftliches Risiko abnehmen, sondern dieser muß seine Leistungsfähigkeit gegenüber dem Kunden Staat immer aufs neue unter Beweis stellen. Rechtsstaatlichkeit könnte so nicht nur als Schutz vor Willkür des Staates, sondern auch als Schutz vor Aufträgen an den Konkurrenten verstanden werden.

Hieraus erhellt sich, daß die Verfassungsprinzipien rechtsstaatliche Freiheitsräume des einzelnen gegen den Staat als Hoheitsträger zu garantieren vermögen, sie aber nicht ohne weiteres auf die Beschaffungstätigkeit zu übertragen sind, weil sie die Merkmale eines freien Wirtschaftsmarktes leugnen.

1) Kaiser, Privatautonomie, aaO., S. 105.

Nicht nur die Übertragung von Verfassungsprinzipien wirft Probleme auf, sondern schon die vorab zu beantwortende Frage, auf welche Arten von Verwaltungshandeln solche öffentlich-rechtlichen Schranken Anwendung finden sollen. Das dafür herangezogene Kriterium der Unmittelbarkeit der Aufgabenerfüllung erweist sich als nicht brauchbar ¹⁾. Die Ziele und Aufgaben der Verwaltung lassen sich nicht abschließend definieren ²⁾. Jede Staatstätigkeit ist als Teil der öffentlichen Verwaltung aufzufassen. Das privatrechtliche Können und Dürfen der Verwaltung muß sich am Rechtsstaatsprinzip messen lassen ³⁾. Eine Beschränkung der Grundrechtsgeltung nur auf bestimmte Bereiche kann dem Verfassungsgeber nicht unterstellt werden ⁴⁾.

2. Ansatzpunkt Rechtsmißbrauch

Die privatrechtliche Lösung vermag ebenfalls nicht voll zu überzeugen. Zwar stellt das Privatrecht die sachgerechteren und adäquateren Formen rechtlichen Handelns für die staatliche Aufgabenerfüllung im Bereich der Beschaffung bereit; indes hat sich gezeigt, daß die öffentliche Hand auch bei der Inanspruchnahme des Privatrechts einem Privaten nicht gleichgestellt werden kann ⁵⁾. Die privatrechtlich ausgeformten Bindungen vermögen die

1) Vgl. Walthelm, Auftragswesen, S. 155 ff.; Rübner, Formen, S. 397; Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (423); v. Zezschwitz, DVBl. 1983, S. 686 (687).

2) Rübner, ebd.

3) Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (424).

4) Vgl. Ehlers, aaO., S. 425; ebenso Pietzcker, Staatsauftrag, S. 370; Menzel, DB 1981, S. 145 (148).

5) Siehe dazu oben § 1 Kap B II b (S. 18 ff.)

Eigenart staatlicher Verwaltungstätigkeit nicht ausreichend zu berücksichtigen, denn die öffentliche Hand muß diejenigen Schutzpflichten, die von ihr im Rahmen privatrechtlich geregelter Rechtsverhältnisse zu beachten sind, prinzipiell ebenso bei der Verwendung öffentlich-rechtlicher Handlungsformen beachten ¹⁾. Die privatrechtlichen Institute müssen daher - um ihre Aufgabe der Schrankensetzung erfüllen zu können - den Besonderheiten der Fiskalverwaltung angepaßt werden.

Der von Kaiser aufgezeigte Weg weist eine mögliche Richtung auf, wie sich Kontrollmaßstäbe entwickeln lassen, die den spezifischen Besonderheiten staatlicher Beschaffungstätigkeit Rechnung tragen. Dieser Ansatz berücksichtigt die privatrechtlich ausgeübte Bedarfsdeckung ²⁾ und entwirft einen privatrechtlich ausgestalteten Handlungsrahmen, der dem systematischen Standort der Bauverwaltung in der rechtsgebundenen Leistungsverwaltung Rechnung trägt ³⁾. Die Lehre vom Rechtsmißbrauch ist als oberster Grundsatz dort anzuwenden, wo die aus der sozialetischen Gebundenheit des Rechts sich ergebenden Schranken eindeutig überschritten sind ⁴⁾. Dieser Rechtsgedanke ist jedem Schuldverhältnis immanent und hat die Kraft, andere Normen und privatrechtlichen Institute einzuschränken, wenn die Anwendung im Einzelfall zu einem mit ihm nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würde ⁵⁾.

1) Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (428).

2) Siehe oben § 1 Kap B I 2 a, (der mikroökonomische Aspekt der Beschaffungstätigkeit).

3) Hiermit wird dem Makroaspekt Rechnung getragen, siehe oben § 1 B I 2 a.

4) Palandt, § 242 Anm. 1 a bb.

5) H.M. in Literatur, vgl. Larenz, Schuldrecht I, S. 109, und die Rspr. RGZ 85, 108 (117); BGHZ 58, 146.

Die Anwendung dieser Lehre auf staatliche Beschaffungsgeschäfte begegnet auch keinen Bedenken, da - wenn dem Staat privatrechtliches Handeln zugestanden wird - die dabei zu beachtenden Schranken auch privatrechtlich ausgebildet sein müssen. Einen Rechtssatz, der besagt, daß sich die Schranken staatlichen Handelns nur aus dem öffentlichen Recht ergeben könnten, gibt es nicht ¹⁾.

Die Gewinnung der Kriterien, nach denen ein Rechtsmißbrauch zu werten ist, unter Zuhilfenahme der Rechtsbindung der Fiskalbeamten erweist sich insofern als erfolgreich, weil dessen Handlungsmaxime: Gerechtigkeit, Unparteilichkeit und Wohl der Allgemeinheit Kategorien sind, denen staatliches Handeln generell zu folgen hat. Im Bereich der gebundenen Verwaltung berücksichtigen die anzuwendenden Rechtssätze diese Maxime. Soweit ein Ermessensspielraum vorliegt, versucht die Verwaltung auf der Basis der Unparteilichkeit einen gerechten Ausgleich zwischen den Ansprüchen des einzelnen und dem Wohl der Allgemeinheit zu finden. Es bestünde ein Wertungswiderspruch, wenn der Staat als organisierte hoheitliche Macht des Volkes anderen Rechtsprinzipien unterliegen würde als der einzelne nach außen hin handelnde Beamte im staatsrechtlichen Sinne ²⁾.

-
- 1) Vgl. Pietzcker, Staatsauftrag, S. 399; somit wird auch der Einwand bei Ingenstau-Korbion, VOB/B, Einl. Rn 1 f gegenstandslos, diese Lösung käme erst zum Tragen, wenn nicht andere konkrete Rechtsgrundlagen zu Gunsten des Betroffenen in Betracht kommen.
- 2) Vgl. Kaiser, Privatautonomie, S. 109 f.

Der Handlungsrahmen der öffentlichen Hand als Nachfrager am Baumarkt ist demnach so zu bestimmen, daß der auftraggebende Staat seine Marktposition nicht einseitig zum Nachteil des Kontrahenten einsetzen darf, um fiskalische Interessen durchzusetzen ¹⁾; andernfalls würde dies zu individuellem Rechtsmißbrauch führen. Der Gefahr, daß wirtschaftliche Macht die ordnungspolitischen Elemente der sozialen Marktwirtschaft verdrängt, wird so entgegengewirkt.

II. Das Verwaltungsverfahrensrecht als Konkretisierungsmaßstab

Ausgehend von den Schwierigkeiten geeignete Kontrollmaßstäbe für das fiskalische Handeln des Staates zu entwickeln, legen neuerdings vermehrte Stimmen in der Literatur das Augenmerk auf das Verwaltungsverfahrensrecht ²⁾; denn bestand früher die sachliche Notwendigkeit auf zivilrechtliche Vertragsformen zurückzugreifen, so gibt es hierfür nach Inkrafttreten des Verwaltungsverfahrensgesetzes ³⁾ keinen Grund mehr, da durch dieses Gesetz neben die bürgerlichrechtlichen Institute gleichartige öffentlich-rechtliche getreten sind ⁴⁾.

1) Kaiser, aaO., S. 110.

2) Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 ff.; Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 60 (92 ff.); v. Zezschwitz, DVBl. 1983, S. 686 ff.; Güttler, DVBl. 1983, S. 688.

3) Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) v. 25.5.1976 (BGBl. I S. 1253).

4) Vgl. Güttler, DVBl. 1983, S. 688.

1. Der öffentlich-rechtliche Vertrag ¹⁾

Das in §§ 54 ff. VwVfG normierte Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrages läßt sich nicht für das privatrechtliche Verwaltungshandeln nutzbar machen. Der Begriff des öffentlich-rechtlichen Vertrages umfaßt nur solche Verträge, die eine unmittelbare Änderung oder Ausgestaltung einer öffentlich-rechtlichen Berechtigung oder Verpflichtung selbst regeln, nicht aber solche, die nur ihrer Erfüllung dienen ²⁾. Danach sind Verträge im Bereich der sog. fiskalischen Hilfsgeschäfte als nicht öffentlich-rechtlich zu beurteilen, denn der Abschluß eines öffentlichen Auftrages durch die Behörde erfolgt grundsätzlich freiwillig.

2. Nutzbarmachung der Bestimmungen des VwVfG

Wenn auch die gesetzliche Ausformung des öffentlichen Vertragsrechts im Verwaltungsverfahrensgesetz noch keine wichtigen Einbrüche in die privatrechtlichen Handlungsformen hervorgerufen hat ³⁾, so können doch die dort niedergelegten Grundsätze auf das privatrechtliche Handeln der Verwaltung erstreckt werden, sofern sie sich auf höherrangiges Recht zurückführen lassen oder als Ausfluß allgemeiner Rechtsgedanken anzusehen sind ⁴⁾.

-
- 1) Vgl. zur Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen vom privatrechtlichen Vertrages ausführlich Lange, NVwZ 1983, S. 313 ff.; Kopp, VwVfG, § 54 Rn 6 ff.; Walther, Auftragswesen, S. 140 ff.
 - 2) BVerwGE 30, 65; BVerwGE 42, 332; BVerwGE 49, 361; Kopp, VwVfG, § 54 Rn 12 mit weiteren Nachweisen; Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 73 f.; dagegen Zuleeg, Rechtsschutz, WuV 1984, S. 112 (123 f.), der den öffentlich-rechtlichen Vertrag als die für öffentliche Aufträge angemessene Rechtsform ansieht, solange jedoch die öffentlich-rechtliche Betrachtungsweise in der Minderheit ist, das Privatrecht mit den Vorschriften des Verwaltungsverfahrenrechts überlagern will (S. 129).
 - 3) Vgl. v. Zezschwitz, DVBl. 1983, S. 686.
 - 4) So Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (425).

Die freie Formenwahl des Staates im Bereich der Beschaffungstätigkeit fordert als Kehrseite, daß bei der Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen keine materielle Beeinträchtigung des Bürgers gegenüber öffentlich-rechtlichen Verwaltungsformen eintritt. Deshalb müssen auch bei der privatrechtlichen Handlungstätigkeit des Staates die staatlichen Kompetenznormen, die Vorbehalte der Grundrechte, der Vorrang des Gesetzes und die rechtsstaatliche Verfahrensordnung eingehalten werden ¹⁾. Als Ausfluß dieser Direktiven kann beispielsweise für das Beschaffungswesen die Verpflichtung verstanden werden, den Geeignetheits- und Erforderlichkeitsgrundsatz sowie das Übermaßgebot zu beachten. Die Bedeutung dieser Grundsätze zeigt sich bei der konkreten Ausübung der vertraglichen Gestaltungsbefugnisse durch die Verwaltung. Dazu gehört ferner, daß die Verwaltung keine Erweiterung der gesetzlichen Leistungs-, Rückerstattungs- und Schadensersatzpflichten vornehmen darf wie auch keine vertragliche Freizeichnung von gesetzlichen Verpflichtungen bei Leistungsstörungen und Ansprüchen aus Bereicherung und unerlaubter Handlung ²⁾.

1) So v. Zezschwitz, DVBl. 1983, S. 686 (687).

2) Siehe dazu die umfangreiche Aufstellung der Verfahrensrechtsprinzipien, die auch für die privatrechtliche Verwaltung anwendbar sind bei v. Zezschwitz, aaO., S. 686 (687 f.); ebenfalls Zuleeg, aaO., S. 122 f.; ferner Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (426 ff.).

Die Vorteile der Übertragung verwaltungsverfahrensrechtlicher Bindungen auf das privatrechtliche Handeln der Verwaltung zeigt sich insbesondere dort, wo das Beschaffungswesen für beschaffungsfremde Maßnahmen benutzt wird ¹⁾. Dieser Aspekt ist vor allem bei der Durchführung von Bauaufträgen der öffentlichen Hand relevant. Die Bestimmung der rechtlichen Grenzen von sachwidriger Koppelung verschiedener Materien bedarf einer genauen Differenzierung. Unproblematisch sind dabei die Fälle, mit denen politische Wertentscheidungen verfolgt werden: wie konjunktur-, wettbewerbs-, mittelstands-, regional- und sonstige wirtschaftspolitische Zielsetzungen. Hier handelt es sich um die Instrumentalisierung von Staatsaufträgen im Marktbereich, bei der die Auftragsvergabe auf Umstände und Verhältnisse einer Branche, eines Unternehmens oder eines Wirtschaftsraumes abstellt ²⁾.

Das Vorgehen der Verwaltung stellt sich dann anders dar, wenn sie von dem Unternehmer ein bestimmtes Tun ³⁾ bzw. Unterlassen fordert, das entweder vor der Vergabe liegen kann oder als Vertragspflicht normiert wird. Hier ist zwischen einer Bezugnahme auf gesetzliche Pflichten und auf über die gesetzlichen Pflichten hinausgehende Vertragspflichten zu unterscheiden. Im ersten Fall kann in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung die Lösung mittels der Bestimmung des § 36 VwVfG gefunden werden.

-
- 1) Vgl. Pietzcker, Staatsauftrag, S. 390 ff.; ders. Rechtsbindungen, S. 87 ff.; Kunert, Bedarfsdeckungsgeschäfte, S. 171 ff.; Kirchhof, Verwaltungen, S. 345 ff.; Menzel, DB 1981, S. 303; R. Scholz BB 1981, S. 441 (447).
 - 2) Vgl. Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 90 f.
 - 3) Dazu eingehend Pietzcker, aaO., S. 92 ff.

Auflagen, die in Zusammenhang mit einem begünstigenden VA für den Leistungsempfänger bestimmte Belastungen begründen, sind danach grundsätzlich nur dann gerechtfertigt, wenn sie mit der begünstigenden Entscheidung in einem untrennbaren Zusammenhang stehen ¹⁾. Im zweiten Fall (Auferlegung bestimmter Vertragspflichten) läßt sich ebenfalls mit Hilfe der Regeln des Verwaltungsverfahrenrechts ein Lösungsweg skizzieren. Das Prinzip der pflichtgemäßen Ermessensausübung bei der Festlegung der Vertragsinhalte und das Verbot der vertraglichen Freizeichnung von gesetzlichen Pflichten als Ausfluß der Bindung der Verwaltung an den Vorrang des Gesetzes sowie das oben erwähnte Postulat des Sachzusammenhangs grenzen den Handlungsrahmen der Verwaltung ein ²⁾. Nutzt der Staat seine Vorrangstellung dazu aus, allgemein anerkannte und für ausreichend erachtete Bestimmungen ³⁾ inhaltlich zu verschärfen, kann dies wegen strukturwidrigen Sachzusammenhangs unzulässig sein ⁴⁾. Der Exekutive steht das Zivilrecht nicht als Mittel zur Verfügung, hoheitliche Maßnahmen durchzusetzen; im Anwendungsbereich des Grundgesetzes sind diese Befugnisse allein dem Gesetzgeber vorbehalten ⁵⁾.

-
- 1) Zum Erfordernis des Sachzusammenhangs vgl. Scholz, DB 1981, S. 441 (449); BVerwGE 51, 164 (165); Kopp, VwVfG, § 36 Rn 41 f; weiterfassend Pietzcker, aaO., S. 92, der das Kriterium des sachlichen Zusammenhangs als ausreichend betrachtet.
 - 2) Vgl. v. Zezschwitz, DVBl. 1983, S. 686 (687).
 - 3) Diese können rechtlicher Art z.B. ordnungspolizeiliche Bestimmungen (Verkehrssicherung) wie auch technischer Art (Abänderung einer DIN-Norm) sein.
 - 4) Vgl. Kirchhof, Verwalten, S. 346; a. A. Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 93.
 - 5) Kirchhof, ebd.; deshalb dürfte entgegen Pietzcker, aaO., S. 95 Fn 117 die Verpflichtung des Aufnehmers unzulässig sein, seinerseits bei der Vergabe von Unteraufträgen die VOB/A und die für die öffentliche Hand geltenden Bevorzugungsvorschriften zu beachten.

Der Rückgriff auf die Grundsätze des Verwaltungshandelns wird umso erforderlicher, je stärker der Staat versucht, bestehende Gesetze mit Breitenwirkung verschärfen zu wollen. Dadurch ist eine wesentliche Bedingung für die Beachtung des Gleichheitssatzes nicht mehr gewahrt, denn die Verschärfung der gesetzlichen Anforderungen betrifft nur diejenigen Unternehmen, die öffentliche Aufträge erhalten ¹⁾.

III. Zusammenfassung

Als bisheriges Ergebnis kann festgehalten werden, daß die öffentliche Hand im Bauauftragswesen - mangels entgegenstehender Regelungen - sich der Freiheit der Privatautonomie bedienen kann. Angesichts der Eigenart und Bedeutung der staatlichen Auftragsvergabe vor allem unter dem Aspekt dieser Tätigkeit als Teil der öffentlichen Verwaltung ²⁾ muß jedoch sichergestellt werden, daß sich die Verwaltung hierbei nicht der Bindungen entziehen kann, die das öffentliche Recht bereithält ³⁾, sofern man ihr die Erfüllung ihrer Aufgaben auch in privatrechtlichen Gestaltungsformen ⁴⁾ gemäß der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur grundsätzlich zugesteht.

1) Vgl. Pietzcker, aaO., S. 94.

2) Wobei das Instrumentarium der neutralen Beschaffung zugunsten der mit den öffentlichen Aufträgen verfolgten Zweckbindung der politisch motivierten Einflußnahme auf gesamtwirtschaftlich und gesellschaftlich erwünschte Ziele wie Umweltschutz, Technologie etc. in den Hintergrund tritt; vgl. hierzu neuerdings Weissenberg, Öffentliche Aufträge - Instrumente neutraler Beschaffung oder staatlicher Steuerung, DB 1984, 2285 ff.

3) So im Ergebnis auch Zuleeg, Rechtsschutz, WuV 1984, S. 112 (125).

4) Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422.

Die dazu entwickelten verschiedenen Theorien sind sich über die Zielsetzung der Schrankenbildung der privatrechtlichen Verwaltung einig, die Unterschiede liegen einzig in der konkreten Ausgestaltung der Bindungsformen und Kontrollmaßstäbe. Da keine der Theorien die Aufgabe als alleintaugliches Kontrollinstrument erfüllt, erscheint die Notwendigkeit umso größer, privates und öffentliches Recht miteinander in Einklang zu bringen ²⁾. Die dadurch verursachten Strukturbrüche müssen als Preis einer pragmatischen Lösung in Kauf genommen werden ³⁾. Als erfolgversprechend auf dem Weg dorthin erweist sich die sowohl auf Seiten der öffentlich-rechtlichen als auch privatrechtlichen Theorien anzutreffende Tendenz, auf allgemeingültige, höherrangige Handlungsmaxime bzw. Rechtsgedanken zurückzugreifen ⁴⁾, wie sie im AGB-Gesetz und im VwVfG ihre konkrete Ausgestaltung gefunden haben.

1) Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422.

2) Ehlers, aaO., S. 427; Zuleeg, Rechtsschutz, WuV 1984, S. 112 (122).

3) Ehlers, ebd.

4) Zur dogmatischen Einordnung vgl. Güttler, DVBl. 1983, S. 688.

2. TEIL

BESTANDSAUFNAHME UND ANALYSE

DER PRAXIS DER ÖFFENTLICHEN BAUVERTRÄGE

§ 3

Überblick über den Aufbau der öffentlichen Bauaufträge

Stand im ersten Teil der Untersuchung die dogmatisch-normative Standortbestimmung des öffentlichen Bauauftragswesens im Vordergrund, so soll im zweiten Teil der Untersuchung das Schwergewicht auf der kritischen Betrachtung der konkreten Ausgestaltung (§ 4) und den daraus zu ziehenden Folgerungen für die Praxis des öffentlichen Bauauftragswesens (§ 5) liegen. Angesichts der Komplexität des Bauvertrages bleibt es für das Verständnis unerlässlich, den Aufbau und die Funktion der einzelnen Bestandteile des Bauvertrages vorab (§ 3) darzustellen. Dabei zeigt sich, wie sehr sich das Recht den technischen Sach- und Funktionszwängen angepaßt hat. Diesem Kapitel soll deshalb ein Abriß des Ablaufes einer Baumaßnahme vorangestellt werden.

A. Projektablauf einer Baumaßnahme

1. Allgemeines

Für den Bauvertrag kennzeichnend ist der Umstand, daß es sich um einen Langzeitvertrag ¹⁾ handelt. Der Austausch von Leistung und Gegenleistung erfolgt nicht - wie vergleichsweise bei einem Kaufvertrag - zu einem bestimmten Zeitpunkt, sondern in einem bestimmten Zeitraum. Die Vertragsgestaltung muß dieser Tatsache Rechnung tragen ²⁾. Typisch für den Bauvertrag ist ferner, daß sich im vorhinein nicht alle Einzelheiten klären lassen und somit während der Ausführungsphase Problemlösungen erarbeitet werden müssen: beispielsweise kann die geologische Beschaffenheit des Baugrundes bei den Ausschachtungsarbeiten ein anderes Bild ergeben als nach den Baugrunduntersuchungen zu erwarten war; die Planung kann geändert oder das Bauwerk mit anderen Maschinen ausgestattet werden mit der Folge, daß der der Ausführung zugrunde liegende Plan dauernd der Realität angepaßt werden muß. Die dem Bauvorhaben zugrunde liegenden Pläne müssen dementsprechend ergänzt und angepaßt werden

1) Zum Begriff: Nicklisch, RIW/AWD 1978, S. 633, 634 ff.; Nicklisch/Weick, VOB/B, Einl. Rn 1, ff.; speziell für den Bereich der Tiefbauarbeiten siehe Winter, Tiefbauarbeiten, Prüfungen und Konstruktion und Abwicklung des Bauvertrages, 1966, und ders., Tiefbauarbeiten, Ausschreibung und Vergabe, 1967.

2) Vgl. nur die Vergütungsregelung in § 641 Abs. 1 BGB (Vorleistungspflicht des Werkunternehmers) und das Zahlungssystem des § 16 VOB/B (Voraus-, Abschlags-, Teilschlußzahlungen und Schlußzahlung).

Um diesen Schwierigkeiten zu begegnen, bedarf es vor allem der Kooperation zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer als Voraussetzung einer reibungslosen Durchführung und fristgerechten Fertigstellung des Bauvorhabens. Die vorzeitige Lösung des Vertrages ist in der Regel ein untaugliches Mittel, denn sie führt zu einer Verzögerung der Baufertigstellung und zu einer Kostenerhöhung.

Der Ablauf einer Baumaßnahme zerfällt grundsätzlich in drei Abschnitte: die Vorbereitungsphase, die Bauausführungs- und die Baubeendigungsphase ¹⁾. Diese Aufteilung trifft gleichermaßen für Aufträge staatlicher und privater Bauherren zu.

II. Die einzelnen Bauablaufphasen

1. Vorbereitungsphase

In der Vorbereitungsphase werden die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen für die Bauausführung geschaffen. Nach der Entscheidung über die Baumaßnahme wird das Bauwerk gedanklich in die Pläne und Leistungsbeschreibung umgesetzt. Es schließt sich das Vergabeverfahren an, bei dem der Auftraggeber potentielle Auftragnehmer zur Abgabe eines Angebotes auffordert; d.h. der Unternehmer teilt dem Auftraggeber für die im Leistungsverzeichnis beschriebenen, nach Maß, Gewicht etc. bestimmten Teilleistungen die von ihm errechneten Preise mit ²⁾. Die Aufstellung des Leistungsverzeichnisses erfolgt in der Regel durch den Bauherrn.

1) So auch Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 7 ff.

2) Beispiel: 100 m³ Boden der Bodengruppe 1 von Hand zur Freilegung von Kanal- und Versorgungsleitungen (auch unter Betrieb) ausheben. Preis je m³, Gesamtpreis; Die Vereinbarung einer Pauschalsumme ist bei der öffentlichen Bauvergabe weniger verbreitet.

Der Vertragsschluß richtet sich nach den zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 145 ff. BGB. über Angebot und Annahme, wobei die Annahme auch als Zuschlag bezeichnet wird ¹⁾. Parallel dazu läuft das Genehmigungsverfahren, in dem die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen für die Errichtung des Bauwerkes geschaffen werden.

2. Bauausführungsphase

Die Bauausführungsphase ist gekennzeichnet durch die Realisierung des in den Plänen dargestellten Bauwerkes. Auftragnehmer und Auftraggeber sind aufgrund des Bauvertrages zu Mitwirkungs- und Kooperationshandlungen verpflichtet ²⁾, die im Falle der Änderung der Bauausführung ein gesteigertes Maß erfahren. In der Praxis ist es daher üblich, daß der Auftraggeber bzw. dessen Vertreter auf der Baustelle ein Büro unterhält ³⁾, um in steter Kommunikation mit dem Auftragnehmer Problemlösungen zu erarbeiten.

1) Vgl. § 28 VOB/A.

2) Vgl. Palandt, § 642 BGB, Anm. 1; Nicklisch, BB 1979, S. 533.

3) Die Überwachung der Bauarbeiten des Auftragnehmers steht natürlich im Vordergrund der Tätigkeit des Auftraggebers auf der Baustelle.

3. Baubeendigungsphase

An die Bauausführungsphase schließt sich die Baubeendigungsphase an, die nicht selten äußerst langwierig ist. Sie beginnt mit der Abnahme des Bauwerkes, d.h. der Anerkennung des Werkes als der vertraglich vereinbarten Erfüllung. Die Abnahme löst verschiedene Rechtsfolgen aus und wird zu Recht als zentrales Ereignis bei der Durchführung des Werkvertrages bezeichnet ¹⁾. In die Phase der Baubeendigung fällt auch die Abrechnung der Bauleistung durch den Auftragnehmer. Dabei sieht der Bauvertrag häufig nicht nur die Erstellung einer prüffähigen Rechnungsaufstellung einschließlich einer Massenberechnung in Form von Aufmaßen vor, sondern ebenfalls die Erstellung von Plänen. Dies hat seinen Grund darin, daß manche Bauleistungen nicht mehr ohne weiteres rechnungsmäßig nachgeprüft werden können, da sie im Zuge der Baumaßnahme durch andere Arbeiten überdeckt werden ²⁾.

-
- 1) Die wichtigsten Rechtsfolgen sind der Gefahrübergang, die Vergütungsfälligkeit, der Fristbeginn für Gewährleistungsansprüche, die Beweislastumkehr etc.; vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 13 Rn 15 ff.
 - 2) Wie z.B. die verlegten Kanalrohre, wenn der Graben verfüllt worden ist, oder die Fundamente eines Bauwerkes.

Das in der Praxis nach Beendigung der Bauausführung am häufigsten auftretende Problem ist das der Gewährleistungsansprüche. Dabei geht es zumeist um die Frage, ob überhaupt ein Mangel vorliegt, wer den Mangel zu vertreten hat und wie er beseitigt werden kann. Die Baubeendigungsphase schließt mit der Auszahlung der Sicherheitsleistung ¹⁾, sofern eine solche vom Auftraggeber einbehalten worden ist, ansonsten mit der Verjährung der Gewährleistungsansprüche ab.

B. Der Bauvertrag und seine einzelnen Bestandteile

I. Überblick über die verschiedenen Vertragsbestandteile

Der Bauvertrag enthält alle für die Ausführung der Bauleistung notwendigen, zwischen den Vertragsparteien getroffenen Regelungen. Diese sind vielfältiger Natur; sie betreffen die Art und Weise der auszuführenden Arbeiten, die Einhaltung technischer Standards, die Frage der Gewährleistung, Zahlungsvereinbarungen usw. Da die verschiedensten Abmachungen über die unterschiedlichsten Fragen getroffen werden müssen, ist es nicht verwunderlich, daß der Bauvertrag nicht aus einem einzelnen Vertrag - vergleichbar einem Mietvertrag - sondern aus einem Konglomerat von Vertragsbestimmungen besteht.

1) Man muß dabei zwischen einer Ausführungs- und einer Gewährleistungsbürgschaft unterscheiden, vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 14 Rn 1 ff.

Die Struktur des Bauvertrages hat ihren rechtlichen Niederschlag in § 10 VOB/A gefunden, wonach nämlich die Allgemeinen Vertragsbedingungen der VOB/B durch Sonderbedingungen zu ergänzen sind ¹⁾. Danach können Auftraggeber, die ständig Bauleistungen vergeben, gem. § 10 Abs. 1 Satz 2 VOB/A die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die bei ihnen allgemein gegebenen Verhältnisse durch Zusätzliche Vertragsbestimmungen ergänzen. Des weiteren gestattet § 10 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 VOB/A, daß für die Erfordernisse des Einzelfalles die Allgemeinen und die Zusätzlichen Vertragsbedingungen durch Besondere Vertragsbedingungen ergänzt werden.

Entsprechend der Aufgliederung der VOB in rechtliche und technische Bestimmungen legt § 10 Nr. 3 Satz 2 VOB/A fest, daß die Allgemeinen Technischen Vorschriften ²⁾ durch Zusätzliche Technische Vorschriften ergänzt werden können. Für die Erfordernisse des Einzelfalles sind Ergänzungen und Änderungen der Technischen Vorschriften in der Leistungsbeschreibung festzulegen ³⁾.

Die Vertragsbedingungen des Bauvertrages gliedern sich demnach in rechtliche und technische Bestimmungen, die jeweils durch Sonderbedingungen ergänzt werden können, wobei § 10 VOB/A den Regelungsgehalt von Allgemeinen, Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen festlegt.

1) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 57.

2) § 10 Nr. 1 Satz 1 VOB/A.

3) § 10 Nr. 3 Satz 3 VOB/A.

II. Die Rangfolge der Vertragsbestandteile

Das dreistufige Rangverhältnis liegt der VOB/A nicht seit ihrem Bestehen zugrunde. § 10 Nr. 2 Satz 2 VOB/A der Fassung von 1926 sah nur Besondere Vertragsbedingungen vor ¹⁾. Bald darauf stellte man fest, daß hauptsächlich große Auftraggeber - aber auch die öffentlichen Bauverwaltungen - dazu übergingen, neue Allgemeine Vertragsbedingungen für eine Mehrzahl von Bauvorhaben aufzustellen ²⁾. Diese Bestimmungen, die die VOB abänderten, wurden pauschal in den Vertrag einbezogen.

Um dem Erfordernis Rechnung zu tragen, daß die Allgemeinen Vorschriften grundsätzlich unverändert bleiben ³⁾, wurde jeweils bestimmt, daß die eigenen formularmäßig beigelegten Vertragsbedingungen bei Abweichungen Vorrang vor der VOB/B haben sollten ⁴⁾. Begründet wurde dies mit dem Argument, daß der vom DVA festgelegte Wortlaut zwar nicht angetastet werden dürfe, daß jedoch in sonstigen Vertragsbedingungen von der VOB/B abweichende Vereinbarungen getroffen werden könnten. Dafür spräche

1) Die Bestimmung lautete: "Die Allg. Vertragsbedingungen u. die Techn. Vorschriften sind, wenn es für den Einzelfall erforderlich ist, durch Besondere Vertragsbedingungen zu ergänzen; Abweichungen sollen sich auf die Fälle beschränken, in denen Besondere Vereinbarungen in den Allg. Vertragsbedingungen ausdrücklich vorgesehen sind".

2) Ausführlich Weick, Standardbedingungen, S. 57 ff.

3) § 10 Nr. 2 Satz 1 VOB/A idF v. 1926.

4) Vgl. Weick, aaO., S. 58.

auch, daß sonst Abs. 3 von § 10 Nr. 2 VOB/A keinen Sinn hätte¹⁾, in dem es heißt: "In den Zusätzlichen und in den Besonderen Vertragsbedingungen sollen sich die Abweichungen von den Allgemeinen Vertragsbedingungen auf die Fälle beschränken, in denen dort besondere Vereinbarungen vorgesehen sind"²⁾.

Die Einfügung der Zusätzlichen Vertragsbedingungen und ihre Bindung an die VOB/B³⁾ stellen einen Kompromiß dar, da die einmal eingeleitete Entwicklung nicht mehr rückgängig gemacht werden konnte⁴⁾. Ob man Daub zustimmen kann, daß von solchen Ergänzungen, die die Regel bilden, und unvermeidbare Abweichungen von der VOB/B enthalten⁵⁾, schließlich alle Beteiligten profitieren⁶⁾, muß mit einem Fragezeichen versehen werden. Jedenfalls bot sich damit die Gelegenheit an, der VOB den Vorrang vor sonstigen Vertragsbedingungen zu sichern, um der Ausuferung von Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen rechtzeitig Einhalt zu gebieten⁷⁾. Diese Möglichkeit wurde jedoch nicht genutzt⁸⁾.

1) VOB-Fassung 1952.

2) Vgl. auch Daub, BauVw 1966, S. 193.

3) § 10 Nr. 2 Abs. 1 S. 3 VOB/A: "Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen dürfen den Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht widersprechen".

4) So Weick, Standardbedingungen, S. 58

5) Daub, BauVw 1966, S. 193.

6) Vgl. auch Daub, BauVw 1966, S. 461.

7) Dazu Korbion, BauVw 1973, S. 583 (587).

8) Siehe dazu die kritischen Bemerkungen bei Weick, aaO., S. 59 mit weiteren Nachweisen.

Während die VOB/A den ausgehandelten Standardbedingungen Vorrang vor dem dispositiven Recht einzuräumen versucht ¹⁾, zeigt § 1 Nr. 2 VOB/B den entgegengesetzten Weg auf, um Widersprüche zwischen den verschiedenen Vertragsbestandteilen zu lösen ²⁾. Hier erkennt man ein Betrachtungssystem, das sich an den Kategorien Individualvereinbarung - Allgemeine Geschäftsbedingungen - Gesetz orientiert und demgemäß dem konkreteren Vertragstext Vorrang vor dem allgemeineren einräumt ³⁾. Hinter diesen zwei gegensätzlichen Ordnungsvorstellungen (individuelle Willenseinigung - Bestandskraft zentral vereinbarter Standardbedingungen) verbirgt sich die permanente Auseinandersetzung zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern, ihre vertragspolitischen Zielvorstellungen durchzusetzen ⁴⁾.

1) Weick, ebd.

2) § 1 Nr. 2 VOB/B: "Bei Widersprüchen im Vertrag gelten nacheinander
a) die Leistungsbeschreibung,
b) die Bes. Vertragsbedingungen,
c) etwaige Zusätzl. Vertragsbedingungen,
d) etwaige Zusätzl. Techn. Vertragsbedingungen,
e) die VOB/C,
f) die VOB/B".

3) Weick, aaO., S. 242, 245.

4) So Weick, aaO., S. 245 f.

III. Die rechtlichen Vertragsbedingungen

1. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen

Den rechtlich unbedingt erforderlichen Vertragsrahmen, für die Geltung des VOB-Bauvertrages stellen die Allgemeinen Vertragsbedingungen dar. Sie müssen - wie die Leistungsbeschreibung - in jedem Einzelfall zu den Vertragsunterlagen gehören. Daneben gibt es andere rechtliche Vertragsbedingungen, die im Einzelfall zum Gegenstand des Bauvertrages gemacht werden, sofern die entsprechenden Voraussetzungen dafür vorliegen: die Zusätzlichen und die Besonderen Vertragsbedingungen.

Gemeinsam ist beiden Vertragsgebilden, daß sie nicht auf der übervertraglichen, kollektiven Ebene der Gruppenautonomie ausgehandelt werden wie die VOB; sondern im Wege der Privatautonomie der Vertragsgestaltung von dem Auftraggeber dem Auftragnehmer vorgeschrieben werden.

2. Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen

Die in der VOB geregelten Tatbestände, die sich aufgrund langjähriger Erfahrung auf den Bausektor und losgelöst von einem bestimmten Einzelfall herausgebildet haben, beanspruchen Allgemeingültigkeit ¹⁾. Sie sind genereller Natur und können die allgemein gegebenen Verhältnisse bei Auftraggebern, die ständig Bauleistungen vergeben, nicht berücksichtigen.

1) Vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 41.

Aus diesem Grunde sieht die VOB/A in § 10 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 vor, daß durch Zusätzliche Vertragsbedingungen (ZVB) die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) ergänzt werden können. Entscheidend für die Vereinbarung von Zusätzlichen Vertragsbedingungen darf somit nicht das Vertragsverhältnis bei einer einzelnen, bestimmten Baumaßnahme sein, sondern die Vielzahl gleichartiger Bauleistungen für einen bestimmten Auftraggeber, die einheitliche rechtliche Vertragsbedingungen geeignet erscheinen lassen. Dabei steht nicht nur der Gedanke im Vordergrund, nach einheitlichen rechtlichen Kriterien die Bauverträge abzuwickeln, um somit die Tätigkeit des Auftraggebers zu rationalisieren ¹⁾ und bei den Auftragnehmern für ein gewisses Maß an Rechtsklarheit zu sorgen, sondern auch die rechtlichen Bestimmungen den Eigenarten und speziellen Bedürfnissen der auszuführenden Bauleistungen anzupassen.

Zu den bekanntesten Zusätzlichen Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand zählen die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau ²⁾, die Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen an Bundeswasserstraßen ³⁾, die Zusätzlichen Vertragsbedingungen der Deutschen Bundespost ⁴⁾ und der Deutschen

1) Vgl. Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB/A, § 10 Rn 22.

2) Herausgegeben vom Bundesminister für Verkehr, ZVB-StB, Ausgabe 1980.

3) Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen an Bundeswasserstraßen (ZVBW) idF v. Januar 1977, herausgegeben vom Bundesminister für Verkehr.

4) Zusätzliche Vertragsbedingungen der Deutschen Bundespost (DBP) für die Ausführung von Bauleistungen am Fernmelde-netz (ZVB-FLN), Ausgabe 1976 und Zusätzliche Vertragsbedingungen der Deutschen Bundespost zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (ZVB-Hochbau), Ausgabe 1978.

Bundesbahn ¹⁾ sowie die Richtlinien für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen ²⁾.

Zusätzliche Vertragsbedingungen sind somit vom einzelnen Baubjekt losgelöst und stehen den Allgemeinen Vertragsbedingungen näher als den Besonderen Vertragsbedingungen.

Während § 10 Nr. 2 Abs. 1 Satz 2 VOB/A die formalen Voraussetzungen regelt, unter denen Zusätzliche Vertragsbedingungen durch den Auftraggeber aufgestellt und in den Bauvertrag mit einbezogen werden können, bestimmt Satz 3 den inhaltlichen Regelungsumfang. Zusätzliche Vertragsbedingungen dürfen danach den Allgemeinen Vertragsbedingungen nicht widersprechen. Das Verbot von Widersprüchen muß in Zusammenhang mit dem Verbum "ergänzt" - in Satz 2 - gesehen werden. Kein Widerspruch liegt demnach vor, wenn die Zusätzlichen Vertragsbedingungen Regelungen treffen, die inhaltlich in der VOB/B nicht anzutreffen sind, wie z.B. Vereinbarungen über Lohn- und Stoffpreisgleitklauseln ³⁾. Des weiteren wird man Zusätzliche Vertragsbedingungen für zulässig zu erachten haben, die allgemeine Formulierungen oder Begriffe der VOB/B konkretisieren, so z.B. die Bestimmung über Schadensersatz bei unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen oder die Vorschriften über Unfallschutz, Verkehrssicherung oder Landschaftsschutz zu § 4 Nr. 2 VOB/B ⁴⁾.

-
- 1) Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (EVM (B) ZVB), Ausgabe 1978.
 - 2) Herausgegeben vom Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, abgedruckt im Vergabehandbuch 4. Austauschlieferung 1982 (MinBIFin 1982, S. 369).
 - 3) Vgl. Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB/A, § 10 Rn 23.
 - 4) Heiermann-Riedl-Schwaab, ebd.

Zwischen Zusätzlichen und Allgemeinen Vertragsbedingungen sind Überschneidungen möglich, sonst wäre Satz 3 überflüssig. Ein Eingriff in die Allgemeinen Vertragsbedingungen ist jedoch durch Satz 3 nicht mehr gedeckt, denn dadurch wird das ausgewogene Verhältnis der VOB-Bestimmungen gestört, was in Widerspruch zu Sinn und Zweck der Regelungen der Verdingungsordnung steht ¹⁾.

Ein Widerspruch liegt nicht vor, wenn die Bestimmungen der VOB/B Rechtsfolgen festlegen, mögliche andere Rechtsfolgen aber ausdrücklich zulassen. Den Beteiligten steht es also frei, die Rechtsfolgen selbst zu wählen ²⁾.

Diese Vereinbarungen zum Regelungsgegenstand eines Bauvertrages zu machen, stehen Bedenken entgegen ³⁾. Der bei Ingenstau-Korbion für § 13 Nr. 4 VOB/B vorgetragenen Argumentation, daß der Wortlaut über den Einzelfall hinausgehende abweichende Vereinbarungen in Zusätzlichen Vertragsbedingungen zulasse ⁴⁾, kann nicht gefolgt werden. Die VOB-Bestimmungen haben nur den einzelnen individuellen Bauvertrag im Auge. Zudem sieht § 10 Nr. 4 Abs. 2 Satz 1 VOB/A ausdrücklich vor, daß im Einzelfalle besondere Vereinbarungen über die Gewährleistung in den Besonderen Vertragsbedingungen zu treffen sind. Dies wird noch durch § 13

1) Anders Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 16, daher kommen grundsätzlich als Zusätzliche Vertragsbedingungen sowohl echte Ergänzungen als in gewissem Umfang auch Änderungen der Allg. Vertragsbedingungen in Betracht; das letztere muß allerdings eine sehr eingeschränkt zu sehende Ausnahme bleiben.

2) Beispielsfälle VOB/B: § 3 Nr. 6 Satz 2 (wenn nicht anderes vereinbart), §§ 4 Nr. 4 (auf Verlangen), § 13 Nr. 4 (ist keine Verjährungsfrist vereinbart), § 18 Nr. 1 (wenn nicht anderes vereinbart).

3) Siehe Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB/A, § 10 Rn 23.

4) Vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 19.

Nr. 2 VOB/A unterstrichen, indem auf die Eigenart der Leistung Bezug genommen wird. Regelungsanlaß für Zusätzliche Vertragsbedingungen ist nicht die Eigenart der Leistung, sondern sind die Verhältnisse und Gegebenheiten bei den einzelnen Auftraggebern ¹⁾.

3. Die Besonderen Vertragsbedingungen

Um den Erfordernissen des Einzelfalles Rechnung tragen zu können, gibt § 10 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A die Möglichkeit, Allgemeine Vertragsbedingungen durch Besondere Vertragsbedingungen zu ergänzen. Im Unterscheid zu den Zusätzlichen Vertragsbedingungen stehen hier die Erfordernisse des Einzelfalles, also die speziellen Gegebenheiten des einzelnen Bauvorhabens im Vordergrund.

Besondere Vertragsbedingungen sind für jeden Bauvertrag festzulegen ²⁾. Eine Bezugnahme auf diese Bedingungen in den Verdingungsunterlagen scheidet aus; die Besonderen Vertragsbedingungen sind vielmehr in klarer und eindeutiger Weise in den Bauvertrag aufzunehmen ³⁾.

1) Ebenfalls Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 14.

2) Vgl. Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB/A, § 10 Rn 27.

3) Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 11.

Durch Besondere Vertragsbedingungen können die Allgemeinen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen ergänzt werden. Der Begriff "ergänzen" ist hier jedoch weiter zu fassen als in Nr. 2 Abs. 1 bezüglich der Ergänzung durch Zusätzliche Vertragsbedingungen. Ergänzungen können hier neben der Ausfüllung von Lücken ¹⁾ und der Konkretisierung des Inhaltes der Bestimmung in der Abweichung von Allgemeinen oder Zusätzlichen Vertragsbedingungen bestehen. Die Abweichungen sollen aber auf ein absolutes Mindestmaß ²⁾ beschränkt bleiben, nämlich soweit es für die Eigenart der Bauleistung und ihrer Ausführung erforderlich ist.

4. Abgrenzungsmerkmale von Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen

a. Kein abschließender Regelungskatalog

Die genaue Unterscheidung zwischen Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen ist neben dem oben behandelten Ergänzungsspielraum vor allem für die Frage der Rangfolge bei Widersprüchen im Vertrag wichtig. Nicht die Bezeichnung als Zusätzliche oder Besondere Vertragsbedingungen ist entscheidend, sondern nur der Inhalt und der Zweck der jeweiligen Bedingungen vermögen darüber Aufschluß zu geben ³⁾.

1) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.73.

2) So Heiermann-Riedi-Schwaab, VOB/A, § 10 Rn 24; ferner Winter, Tiefbauarbeiten-Ausschreibung, S. 30.

3) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.9 (2).

Der Regelungsinhalt der Zusätzlichen und der Besonderen Vertragsbedingungen ergibt sich aus § 10 Nr. 4 Abs. 1 und § 10 Nr. 2 VOB/A. Die dort enthaltene Aufzählung bezieht sich gleichermaßen auf die Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen¹⁾. Die einzelnen Regelungspunkte finden demnach ihren Platz in den Zusätzlichen oder in den Besonderen Vertragsbedingungen entsprechend dem Zweck der zu treffenden Regelung: nämlich ob die Ergänzung für die allgemein gegebenen Verhältnisse eines Auftraggebers oder für die Erfordernisse des Einzelfalles notwendig ist²⁾. Lediglich Vereinbarungen über die Gewährleistung und über die Verteilung der Gefahr bei bestimmten Schäden³⁾ sind in den Besonderen Vertragsbedingungen zu treffen⁴⁾.

Inwieweit die in § 10 Nr. 4 VOB/A enthaltene Aufzählung der zu regelnden Punkte abschließend sein soll, wird in der Literatur unterschiedlich bewertet. Während die h. M.⁵⁾ von einem nicht abschließenden Katalog von Bestimmungen ausgeht, weil es - bezogen auf den Einzelfall - häufig zweckmäßig ist, Regelungen für andere, in der VOB nicht behandelte Fragen zu treffen⁶⁾, wird auch die entgegengesetzte Meinung vertreten⁷⁾. Die dort ange-

1) Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn. 24.

2) So auch Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.79 ff.

3) Beispielsweise bei Hochwasser, Sturmfluten, Grundwasser, Sturm, Schnee, Eis usw.

4) § 10 Nr. 4 Abs. 2 Satz 1 VOB/A.

5) Vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 25; Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.81.

6) Vgl. dazu die Entscheidung OLG Karlsruhe, Schäfer/Finnern, Z 2.413 Bl. 21 ff.; außerdem die Beispiele in EVM (B) ZVB (1975) Nr. 5,7,8,9,11,13,14 aufgeführt bei Daub-Piel-Soergel, ebd.

7) Vgl. Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB/A, § 10 Rn. 31.

föhrte Begründung, die sich auf die Formulierung der Vorschrift und den Ausdruck "soweit erforderlich" stützt, vermag nicht zu überzeugen. Die VOB will diese Regelungspunkte weder in Zusätzlichen noch in Besonderen Vertragsbedingungen einer abschließenden Regelung zuföhren. Entsprechend den Grundsätzen über die ergänzenden Vertragsbestimmungen soll eine Regelung gem. § 10 Nr. 4 VOB/A nur dann getroffen werden, wenn sie unbedingt notwendig ist. Die Aufzählung bestimmter Regelungspunkte ist nur beispielhaft, entwickelt aus den in der Praxis am häufigsten vorkommenden Ergänzungen der VOB; im übrigen wird dies durch den Begriff "sollen geregelt werden" unterstrichen.

b. Problem der praktischen Anwendung

Der von der VOB gewählte Weg einer Kombination von Allgemeinen, Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen erweist sich in der Praxis als nicht immer ganz problemlos ¹⁾. Die Bestimmung des § 10 VOB/A verpflichtet den Auftraggeber bei der Aufstellung der Vertragsbedingungen zu sorgfältigstem Vorgehen, insbesondere zur Überprüfung der Regelungstiefe bei der Verwendung von Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen ²⁾. Die Eigenart der Leistung und der Ausführung muß jedesmal kritisch analysiert werden. Darüber hinaus sind sie mit den anderen Vertragsbedingungen des jeweiligen Auftraggebers in Einklang zu bringen.

1) Vgl. Weick, Standardvertragsbedingungen, S. 61, der von unklaren rechtlichen Verhältnissen spricht.

2) So Kiehne, Allgemeine und Besondere Vertragsbedingungen, BauVw 1977, S. 173.

Dies läßt sich nicht immer mit dem Zweck vereinbaren, der mit der Verwendung Besonderer Vertragsbedingungen erreicht werden soll: die rationelle Vertragsabwicklung, d.h. aus der Sicht des Auftraggebers, die vorherige genaue Festlegung der vertraglichen Pflichten des Auftragnehmers, um spätere Streitigkeiten und damit verbundenen Arbeitsbelastungen vorzubeugen.

Vor diesem Hintergrund ist auch die Tatsache zu sehen, daß häufig Besondere Vertragsbedingungen nicht für den Einzelfall, sondern für eine Vielzahl von Fällen formuliert werden ¹⁾ und die darin getroffenen Regelungen bestimmte, bei diesem Auftraggeber vorliegende Verhältnisse abdecken sollen ²⁾. Solche Besonderen Vertragsbedingungen sind in Wahrheit Zusätzliche Vertragsbedingungen und unterliegen den Überprüfungskriterien.

Der Gebrauch von standardisierten Vertragswerken wie der VOB kann nur unter Beachtung der darin aufgestellten Regeln eine für beide Vertragspartner vorteilhafte Lösung darstellen. Die rationalisierte Verwendung von Bestimmungen, die häufig noch den gesammelten, einschlägigen Erfahrungsschatz des Auftraggebers mit dem Bauunternehmer beinhalten, vermag nicht zum Ziele zu führen.

1) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 60: Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 7, 20 ff.

2) Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.9 f.

IV. Die Technischen Vorschriften

1. Überblick

Neben der Leistungsbeschreibung und den rechtlichen Vertragsbedingungen sind die Technischen Vorschriften die dritte Gruppe von Vertragsbedingungen, die notwendigerweise zu einem Bauvertrag gehören. Die Technischen Vorschriften sind der Sammelbegriff für alle technischen Bestimmungen, die Bestandteil des Vertrages werden. Ähnlich den rechtlichen Vertragsbedingungen werden sie in Allgemeine und Zusätzliche Technische Vorschriften unterteilt ¹⁾.

Die Technischen Vorschriften enthalten in der Regel keine rechtlichen Fragen des Bauvertrages ²⁾, sie bilden die tatsächliche Grundlage für die Leistungsanforderungen ³⁾. Die Technischen Vorschriften bestimmen somit den technischen Qualitätsstandard des Bauwerkes. Eine solche Regelung sieht das Werkvertragsrecht des BGB nicht vor; maßgeblich ist dort das Postulat, daß der Auftragnehmer im Rahmen seiner Sach- und Fachkunde die allgemein anerkannten Regeln der Technik bei der Ausführung seiner Bauleistung zu beachten hat.

1) Vgl. Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB/A, § 10 Rn 33.

2) Ausnahmen gem. § 10 Nr. 4 Abs. 2 Satz 2 VOB/A sind möglich.

3) So Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn. 29.

2. Die Allgemeinen Technischen Vorschriften

a. Einführung

Als Allgemeine Technische Vorschriften werden diejenigen technischen Vertragsbestimmungen bezeichnet, die der Deutsche Verdingungsausschuß jeweils als Bestandteil der VOB/C veröffentlicht ¹⁾.

Die erste Fassung der VOB im Jahre 1926 enthielt im Teil C 22 technische Normen, die die DIN-Nummern 1962 bis 1985 trugen, doch lassen sich allgemeine technische Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen schon viel früher feststellen. Gerade die öffentlichen Verwaltungen bedienten sich gewisser Muster und Vorschriften, die jedoch noch nicht zwischen der eigentlichen Verdingungsordnung und den allgemeinen Vertragsbedingungen bezüglich der Ausführung der Bauleistung unterschieden ²⁾. Die erste umfassende Sammlung aller Vorschriften und Verwaltungspraktiken veröffentlichte Stoll ³⁾ für das Königreich Bayern im Jahre 1867. Die z.Zt. gültige VOB/C umfaßt 50 technische Normen ⁴⁾.

Die Bezeichnung "Allgemeine Technische Normen" ist nicht korrekt, denn es handelt sich wie bei der VOB/B um Vertragsbedingungen,

-
- 1) Vgl. Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 1.6; ferner Verdingungs- und Vertragswesen, 30 Jahre Normenausschuß für Bauwesen, DIN-Normungskunde, Heft 10, S. 93 ff.
 - 2) Ausführlich dazu Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 0.19.
 - 3) Stoll, Das Hoch-, Straßen-, Brücken- und Wasserbauwesen nebst den bau-, straßen-, brücken- und wasserpolizeilichen Bestimmungen und Vollzugsvorschriften, München 1867.
 - 4) Vgl. dazu die Aufstellung bei Daub-Piel-Soergel, VOB/A, Anl. 9 (zu ErlZ A 1.20).

nur eben solche technischer Art; sie regeln, was der Auftragnehmer bei der Bauleistung in technischer Hinsicht zu erbringen hat, nicht dagegen, wie er das versprochene Werk herzustellen hat ¹⁾.

b. Aufbau der DIN-Normen Teil C

Die im Teil C aufgeführten Normen umfassen verschiedene Typen von Arbeiten ²⁾. Der Aufbau ihres Inhalts ist bei allen Normen gleich. Er gliedert sich in:

- | | |
|-------|---------------------|
| Nr. 1 | Allgemeines |
| Nr. 2 | Stoffe und Bauteile |
| Nr. 3 | Ausführung |
| Nr. 4 | Nebenleistungen |
| Nr. 5 | Abrechnung. |

Hinweise auf die Leistungsbeschreibung, die aber nicht Vertragsbestandteil werden, werden diesen 5 Gliederungspunkten vorangestellt. Diese Hinweise sind in Verbindung mit § 9 VOB/A und der dort geregelten eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung zu sehen ³⁾. Die Leistungsbeschreibung kann anhand der Hinweise dann auf Vollständigkeit überprüft werden.

1) Vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn. 29 ff.

2) Erd- und Grundbauarbeiten, Straßenbauarbeiten, Landschaftsbauarbeiten, Gleisbauarbeiten, Rohbauarbeiten, Ausbauarbeiten, Haustechnische Anlagen und sonstige Arbeiten.

3) Vgl. Winter, Tiefbauarbeiten - Ausschreibung, S. 27.

Abschnitt Nr. 1 - Allgemeines - bestimmt den Anwendungsbereich der DIN-Normen und grenzt sie zu anderen, möglicherweise tangierten DIN-Normen ab. In Nr. 2 - Stoffe und Bauteile - sind die allgemeinen und besonderen Anforderungen beschrieben, denen die in der bestimmten Norm (hauptsächlich) verwendeten Stoffe ¹⁾ entsprechen müssen, bzw. wird - sofern vorhanden - auf die einschlägigen DIN-Normen der bestimmten Bauteile verwiesen ²⁾. Hierzu gehören auch Bestimmungen über Werkstoffprüfungen ³⁾. Die für eine mangelfreie Leistungserbringung zu beachtenden Arbeitsmethoden sind Bestandteil des Abschnittes Nr. 3 - Ausführung. Abschnitt Nr. 4 - Nebenleistungen - zählt die Leistungen auf, die auch ohne Erwähnung in der Leistungsbeschreibung zur vertraglichen Leistung gehören. Sie spielen daher bei Unklarheiten über die Vergütung eine wichtige Rolle. Nr. 5 - Abrechnung - zeigt schließlich auf, wie die Leistung aufzumessen und abzurechnen ist ⁴⁾. Dieser Regelungspunkt hat in der Baupraxis eine große Bedeutung, da es zwischen den Vertragspartnern häufig zu Meinungsverschiedenheiten darüber kommt, wie die Leistung aufzumessen und abzurechnen ist.

-
- 1) Z.B. DIN 18309 (Einpreßarbeiten) bezüglich des Einpreßgutes.
 - 2) Z.B. DIN 18334 (Zimmer- und Holzbauarbeiten).
 - 3) Z.B. für Mineralstoffe in DIN 18317 (Straßenbauarbeiten)
 - 4) Siehe dazu ausführlich Damerau/Tauterat, VOB im Bild, die anhand von Skizzen und Zeichnungen die DIN-gemäße Abrechnung von Bauarbeiten erklären.

c. Einbeziehung in den Vertrag

Die Allgemeinen Technischen Vorschriften werden Vertragsbestandteil ¹⁾ auch ohne ausdrückliche Bezugnahme. Dies folgt direkt aus § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B. Da es sich um eine Auslegungsvorschrift handelt, tritt die dort bestimmte Rechtsfolge dann nicht ein, wenn eine andere Vereinbarung getroffen worden ist ²⁾. Die VOB/C wird immer mit ihrem gesamten Inhalt Vertragsinhalt, nicht nur mit den jeweiligen Leistungsbereichen ³⁾.

d. Funktion der Allgemeinen Technischen Vorschriften

aa. Technische Vorschriften als Grundlage der technischen Leistungsanforderung

Betrachtet man die Regelungsintensität des Normenwerkes, so fallen zwei unterschiedliche Zielsetzungen auf ⁴⁾. Die Allgemeinen Technischen Vorschriften sind zum einen technische Regeln ⁵⁾. Sie setzen Wertmaßstäbe, die sich aufgrund wissenschaftlicher und praktischer Sachkenntnis herausgebildet haben. Werden sie einem Bauvertrag zugrunde gelegt, so fixieren sie die technischen Qualitätsanforderungen und geben die konkrete Sachaussage über die Qualität des Bauwerkes. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die

1) Dies bezieht sich auch auf die Normen, Richtlinien, Erlasse und sonstige technischen Bestimmungen, auf die in den Allgemeinen Technischen Vorschriften Bezug genommen wird, vgl. Daub-Piel-Soergel-Steffani, ERZ B 1.6.

2) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 1 Rn. 12.

3) Vgl. Nicklisch/Weick, ebd.; Leistungsbereich = Geltungsbereich der einzelnen DIN-Normen der VOB/C.

4) Kritisch zur Normung überhaupt Friese, Baugewerbe, 1977, S. 8.

5) Siehe Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 29 ff.

spätere Verwendung des Bauwerkes durch den Auftraggeber, sondern auch bezüglich der vertragsgemäßen Ausführung der Leistung durch den Auftragnehmer. Allerdings hat diese Aussage nicht uneingeschränkt Gültigkeit, denn es gilt der Grundsatz gem. § 4 Nr. 2 VOB/B, daß der Auftragnehmer die anerkannten Regeln der Technik zu beachten hat.

Die technische Norm beschreibt einen bestimmten tatsächlichen Geschehensablauf; sie folgert aus ihm einen bestimmten Erfahrungsschatz hinsichtlich künftiger Geschehensabläufe und verkörpert also, aufbauend auf einem bestimmten Wissenschaftsstandard, ein antizipiertes Sachverständigengutachten ¹⁾. Dementsprechend ist die technische Norm dem Entwicklungsprozeß der Wissenschaft und Technik unterworfen. Ändern sich aufgrund technischer Entwicklungen und wissenschaftlicher Erkenntnisse die Grundlagen, auf denen die technische Norm aufbaut, so muß dies zwangsläufig auch Auswirkungen auf die Norm selbst haben. In der Abhängigkeit von der tatsächlichen Entwicklung liegt die Dynamik der technischen Norm begründet. Im Unterschied zur technischen Norm ist die auf Abstraktion vom realen Sachverhalt angelegte Rechtsnorm von den Wandlungen der Realität im allgemeinen unberührt ²⁾.

-
- 1) So Scholz, Das Verhältnis von technischen Normen und Rechtsnormen unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, DIN-Normungskunde Heft 14, S. 85 (91); ferner ausführlich Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, S. 330 ff.; Herschel, Regeln der Technik, NJW 1968, S. 617 ff.; Backherms, Recht und Technik, JuS 1980, S. 9 ff.; Zemlin, Die überbetrieblichen Normen, S. 93 ff.; Nickusch, Normativfunktion technischer Ausschüsse, S. 183; Breuer, Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung, AöR 101 (1976), S. 46 ff.; Nicklisch, Funktion und Bedeutung technischer Standards in der Rechtsordnung, BB 1983, S. 261 ff.; Weber, Das Verhältnis von DIN-Normen zu zugesicherten Eigenschaften und den anerkannten Regeln der Technik, ZfBR 1983, S. 151 ff.; Börner, Im Spannungsfeld von Recht und Technik, DB 1984, S. 812 ff.
 - 2) Vgl. Scholz, aaO., S. 93; Wilke, Zusammenhang von Rechtsnormen und technischen Normen, S. 17; Marburger, aaO., S. 381 ff.; Zemlin, aaO., S. 112; v. Heimburg, Verwaltungsaufgaben, S. 137 f.; Kaiser, BauR 1983, S. 203 (204 f.).

Die Allgemeinen Technischen Normen stellen hinsichtlich bestimmter Arbeiten die Konkretisierung der allgemein anerkannten Regeln der Technik – bezogen auf einen bestimmten Zeitraum – dar. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit der Aktualisierung der betreffenden Normen. Berücksichtigt man die Zeitspanne zwischen der Bearbeitung und der Veröffentlichung einer technischen Norm, so ist es nicht verwunderlich, wenn möglicherweise schon zum Zeitpunkt der Veröffentlichung die technische Norm hinter der weiterstrebenden technischen Entwicklung hinterherhinkt ¹⁾.

In diesem Falle vermag die technische Norm ihre Aufgabe als Qualitätsstandard nicht zu erfüllen, denn aus momentaner sachverständiger Prognosesicht müßte sie anders lauten. Entscheidend sind in einem solchen Falle immer die allgemein anerkannten Regeln der Technik. Andererseits führt die Beachtung der Allgemeinen Technischen Vorschriften zu der Vermutung, daß der Auftragnehmer seine Sorgfaltsverpflichtungen nicht verletzt hat und gibt damit dem Geschädigten die Beweislast auf ²⁾.

bb. Die Technischen Vorschriften als Verkehrssitte

Die Allgemeinen Technischen Vorschriften enthalten daneben auch nicht-technische Regeln, nämlich Bestimmungen, die die Frage der Vergütung betreffen, wie z.B. Umfang und Aufmaß der Leistung. Die Allgemeinen Technischen Vorschriften ergänzen die rechtlichen Vertragsbedingungen in der Weise, als sie bestimmen, was als Ver-

-
- 1) Vgl. BVerfG NJW 1979, S. 359, Döbereiner, BauR 1980, S. 296 ff.; Kaiser, BauR 1983, 204; Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 30 f.
 - 2) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 4 Rn 42, 44 f.; Goffin, Bauwirtschaft 1977, S. 199.

kehrssitte gilt ¹⁾. Dadurch wird die klare Trennung zwischen rechtlichen und technischen Vertragsbestimmungen verwischt. Allerdings erscheint es manchmal aus Gründen der Übersicht geboten, diese Fragen im Zusammenhang mit technischen Vorschriften zu regeln ²⁾.

Anders ist der in § 10 Nr. 4 Abs. 2 geregelte Fall zu beurteilen, daß einige rechtliche Bestimmungen ³⁾ auch in Zusätzlichen Vorschriften geregelt werden können ⁴⁾. Hier stehen nicht die Leistungspositionen im Vordergrund, sondern solche vertraglichen Verpflichtungen, die die erbrachte Leistung insgesamt und damit das Bauwerk als Gesamtwerk betreffen ⁵⁾.

-
- 1) Vgl. Soergel, Bauwirtschaft 1980, S. 280 (281); Winckler, Zum Begriff "Stand der Technik", DB 1983, S. 2125 ff.; andere Regelwerke werden aber auch dann nicht über § 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/B Vertragsbestandteil, wenn sie die Bezeichnung "Allgemeine Technischen Vorschriften" tragen, aber vom DVA nicht in die VOB/C aufgenommen wurde wie z.B. die vom Deutschen Abbruchverband wegen Abrechnungsschwierigkeiten herausgegebenen ATV Abbrucharbeiten, vgl. Die Bauwirtschaft 1974, S. 1476 f.; Siemsen, Bauverwaltung 1975, S. 460.
 - 2) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.74, zweckmäßige Begleitregeln des technisch bestimmten Bauablaufes.
 - 3) Z.B. die Frage der Gewährleistungsfrist.
 - 4) Siehe dazu auch die Kritik bei Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB/A, § 10 Rn 32; Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 28.
 - 5) Ingenstau-Korbion, ebd.

3. Die Zusätzlichen Technischen Vorschriften

a. Einführung

Entsprechend dem Aufbau der rechtlichen Vertragsbedingungen können die Allgemeinen Technischen Vorschriften durch Zusätzliche Technische Vorschriften gemäß § 10 Nr. 3 VOB/A ergänzt werden ¹⁾. Grundgedanke ist hier ebenfalls ²⁾, daß den speziellen Bedürfnissen eines Auftraggebers Rechnung getragen werden soll ³⁾.

Im Gegensatz zu § 10 Nr. 2 VOB/A fehlt bei Nr. 3 das Verbot des Widerspruchs zu den Allgemeinen technischen Vorschriften. Somit ergibt sich für die Aufstellung von Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen ein viel weiterer Anwendungsbereich als für die Aufstellung Zusätzlicher Vertragsbedingungen. Den Allgemeinen Regeln der Technik gebührt Vorrang vor den Allgemeinen Technischen Vorschriften ⁴⁾. Dem Auftraggeber wird die Möglichkeit eingeräumt, die technische Spezifizierung der Bauleistung dem neuesten Stand der Bautechnik anzupassen ⁵⁾.

1) Vgl. Ernst/Standfuß, Straße und Autobahn 1976, S. 234.

2) Siehe oben S. 64 ff. für die ZVB.

3) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ERIZ A 10.75 f.

4) Vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn. 31.

5) Ingenstau-Korbion, ebd.

b. Vertragsrechtliche Regelungsbefugnis

Die Regelungsbefugnis des Auftragsgebers ist nicht uneingeschränkt - wie man auf den ersten Blick meinen könnte -, sondern kann nur in Zusammenhang mit Sinn und Zweck von Technischen Normen gesehen werden ¹⁾. Auszugehen ist von der Tatsache, daß die VOB als Interessen ausgleichendes Normenwerk ein abgestuftes Regelungssystem unterschiedlicher Vertragsbestandteile anbietet, um ihrer Zielsetzung entsprechend, auch einzelfallbezogene Lösungen zu ermöglichen. Daraus folgt, daß jeder Vertragsteil eine spezifische Funktion zu erfüllen hat, wobei zwischen vertragsrechtlichen und technischen Bestimmungen zu unterscheiden ist und eine weitergehende Differenzierung des Regelwerkes im Einzelfall nur entsprechend der auszuführenden Arbeiten erfolgen kann.

Nur so läßt sich verhindern, daß das ausgehandelte Rahmenwerk durch einseitig aufgestellte Zusatzbedingungen verwässert wird, wodurch sich die VOB als leere Hülse erweisen würde, deren Regelungssubstanz durch einseitige Interessensverfolgung aufgehoben würde.

1) Zu den grundsätzlichen Gesichtspunkten bei der Aufstellung Technischer Vorschriften und Richtlinien siehe Neußner/-Stern, Straße und Autobahn, Heft 3/4 1972. Die in den ZTV enthaltenen Regelungen lassen sich auf die vier Grundarten zurückführen:

- (1) Technische Vertragsbedingungen für Bauverträge,
- (2) Anweisungen an die Auftraggeber im Straßenbau,
- (3) Anerkannte Regeln der Straßenbau-Technik,
- (4) Anweisungen an die Baufirmen als Auftragnehmer.

Bezogen auf die Zusätzlichen Technischen Vorschriften ergibt sich, daß diese neben technischen Fragen rechtliche Fragen nur in dem Umfang regeln dürfen, wie dies durch die Allgemeinen Technischen Vorschriften bestimmt wird. Bei der Frage der Abnahme oder der Gewährleistung geht es nicht um die Eigenart der einzelnen Bauleistung, sondern um rein vertragsrechtliche Fragen, an die bestimmte Rechtsfolgen geknüpft sind, die den Bauvertrag in seiner Gesamtheit betreffen. Zusätzliche Technische Vorschriften sind auf eine Vielzahl von Fällen eines bestimmten Auftraggebers zugeschnitten und nicht auf den Einzelfall. Weiterhin ist für die Zusätzlichen Technischen Vorschriften zu fordern - so wie es die VOB für die Zusätzlichen Vertragsbedingungen ausdrücklich normiert -, daß durch sie die allgemeinen Verhältnisse ergänzt werden. Die Technischen Vorschriften sind im sachlichen Zusammenhang zu sehen; nicht die Schaffung eines eigenen Normensystems soll durch § 10 Nr. 3 Satz 2 VOB/A ermöglicht werden, sondern eine sinnvolle Ergänzung der vorhandenen Technischen Normen.

c. Technische Regelungsweite

Zusätzliche Technische Normen sind als weitergehende oder konkretisierende Normen bzw. Ergänzungen einzufügen, wo es nach dem Stand der Wissenschaft und Technik sowie den Verhältnissen des Auftragnehmers angebracht ist. Daraus folgt, daß je dichter das Normenwerk bezüglich bestimmter Bauarbeiten ist, desto geringer auch das Erfordernis nach Ergänzungen ist, d.h. daß dort Zusätzliche Technische Vorschriften ihre Berechtigung erlangen, wo die Normung noch nicht so weit fortgeschritten ist oder hinter der technischen Entwicklung zurückgeblieben ist. Die Zusätzlichen Technischen Vorschriften müssen klar und eindeutig abgefaßt sein, denn sie enthalten viel weitergehende Regelungsmöglichkeiten als die Zusätzlichen Vertragsbedingungen. Deshalb besteht für den Auftraggeber auch die Notwendigkeit, den Auftragnehmer auf

Änderungen oder Ergänzungen der Allgemeinen Technischen Vorschriften ausdrücklich hinzuweisen ¹⁾.

Inwieweit die Aufstellung Zusätzlicher Technischer Vorschriften seitens der öffentlichen Auftraggeber gegen diese Kriterien verstößt und das Vertragsverhältnis in seinem Gleichgewicht stört, muß einer Prüfung im Einzelfall vorbehalten bleiben. Dabei bietet sich als Kriterium das AGB-Gesetz an, sofern die Zusätzlichen Technischen Vorschriften unter dessen Regelungsbereich fallen und die oben angeführten Gedanken über die privatautonomen Schranken der hoheitlichen Bedarfsverwaltung darauf Anwendung finden.

4. Die Besonderen Technischen Vorschriften

Besondere Technische Vorschriften sieht die VOB unter dieser Bezeichnung nicht vor; in § 10 Nr. 3 Satz 3 VOB/A heißt es, daß für die Erfordernisse des Einzelfalles Ergänzungen und Änderungen in der Leistungsbeschreibung festzulegen sind. Diese Formulierung legt nahe, daß es sich dabei um das auf der technischen Seite liegende Gegenstück der Besonderen Vertragsbedingungen handelt ²⁾, weshalb auf die oben ³⁾ angeführten Grundsätze Bezug genommen werden kann. Die technischen Ergänzungen und Änderungen bilden keinen selbständigen Vertragsteil, da sie die Bauleistung in tatsächlicher Art beschreiben und somit dem Grundsatz der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung in § 9 Nr. 1 VOB/A Rechnung tragen.

1) Vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 31.

2) Vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 32.

3) S.o. § 3 Kap. B III 3.

V. Grenzen der Wirksamkeit der Vertragsbedingungen

1. Einleitung

Im Rahmen der Untersuchung hat sich bisher gezeigt, daß die öffentliche Hand bei der Auftragsvergabe die VOB zwar zugrunde zu legen hat, daß aber andererseits die VOB/B durch die Kombination von Ergänzungen und Änderungen rechtlicher und technischer Art ermöglicht, das von ihr angestrebte Gleichgewicht einseitig zu verschieben. Das Ideal der Vertragsgerechtigkeit wird gestört ¹⁾, wenn ein Vertragspartner zwar die VOB/B anwendet, gleichzeitig aber die für ihn nachteiligen Klauseln infolge seiner wirtschaftlichen Überlegenheit zu seinen Gunsten in ZVB, BVB und sonstigen Vertragsbestandteilen modifiziert ²⁾.

Soweit die einseitige Interessenverfolgung aufgrund vertraglich festgesetzter Bestimmungen durchgesetzt wird, hat der Gesetzgeber mit dem AGB-Gesetz eine Rechtsgrundlage geschaffen, um dem Mißbrauch der Vertragsfreiheit entgegenzuwirken. Mit der Frage, ob das AGB-Gesetz seinen Schutzzweck auch angesichts der komplexen Struktur des öffentlichen Bauvertrages erfüllen kann, befaßt sich dieses Kapitel.

Die Frage der Rechtsqualität der VOB war oben ³⁾ speziell im Hinblick auf die gesetzliche Regelung und die Rechtsprechung als Allgemeine Geschäftsbedingungen beantwortet worden. Keine Aussage ist bisher jedoch darüber gemacht worden, ob alle Vertrags-

1) Vgl. Weitnauer, BauR 1978, S. 73.

2) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 61.

3) S.o. § 2 Kap. A I 3 b.

bestandteile gleichermaßen vom Schutzbereich des AGBG erfaßt werden ¹⁾. Jeder Vertragsteil ist also daraufhin zu untersuchen, inwieweit er für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Vertragsbedingungen darstellt, die in den Vertrag einbezogen worden sind und die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei beim Abschluß des Vertrages stellt.

2. Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes

a. Träger öffentlicher Verwaltung

Für die Anwendbarkeit des AGBG auf die öffentliche Hand gibt das Gesetz selbst keine klare Antwort ²⁾. Der Gesetzgeber hat die Heranziehung des AGBG lediglich bei der Verwendung gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts teilweise beschränkt ³⁾, so daß daraus und dem generellen Zweck, den Endverbraucher vor der Überlegenheit des AGB Verwenders zu schützen, die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf die Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand zu folgern ist ⁴⁾.

-
- 1) Vgl. zur Anwendung des ABGB auf den Bauvertrag insbesondere Weitnauer, BauR 1978, S. 73 ff.; v. Westphalen, Bauvertrag und AGB-Gesetz, Schriftenreihe der Deutschen Gesellschaft für Baurecht, Heft 11, S. 45 ff.; Soergel, Bauwirtschaft 1980, S. 280 ff.; ders. in MünchKomm § 631 Rn 31 ff.; Locher, BauR 1977, S. 221 ff.; Jagenburg, BauR-Sonderheft 1/1977, S. 1 ff.; Recken, BauR 1978, S. 417 ff.; Korbion, VersR 1977, S. 681 ff.; Lampe-Helbig, Bauverwaltung 1977, S. 291.; Schmitz, ZfBR 1979, S. 184; Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 46 ff.; Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 52 ff.; Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.21 ff.; Ulmer-Brandner-Hensen, ABGB, §§ 9-11 Rn 901 ff.; Korbion-Hochstein, VOB, S. 51 ff.; Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB/A, § 10 Rn 50 ff.; Flach, Zur Anwendbarkeit des § 9 AGB-Gesetz auf die VOB/B, NJW 1984, S. 156 ff.
- 2) Vgl. Stober, DÖV 1977, S. 398 (399).
- 3) § 24 Abs. 1 Nr. 2 AGBG.
- 4) H.M. vgl. nur Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages, BT-Dr 7/5422; Stober, DÖV 1977, S. 398 ff.;

b. Der Begriff des Verwenders

Die für AGB typische Gestaltung, daß nämlich der Verkäufer dem Angebot an den Käufer seine Vertragsbedingungen zugrunde legt, liegt bei der Auftragsvergabe der öffentlichen Hand in umgekehrter Weise vor, denn der Bauherr – also die Bauverwaltung – ist der Verwender, nicht der Bauunternehmer¹⁾. Der Anwendbarkeit des ABGB steht das jedoch nicht entgegen²⁾. Der Bauunternehmer hat bei seinem Angebot die Vertragsbedingungen des Bauherrn zwingend zu verwenden³⁾. Verwender im Sinne des ABGB-Gesetzes ist damit der Auftraggeber, denn die Einbeziehung seiner Vertragsbedingungen geht allein auf seine Initiative zurück⁴⁾.

c. Vielzahl von Verträgen

Die Vertragsbedingungen müssen für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt sein. Bei den Allgemeinen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen sowie bei den Allgemeinen und Zusätzlichen Technischen Vorschriften ist dies durchwegs der Fall, lediglich in den Besonderen Vertragsbedingungen und den Ergänzungen zur Leistungsbeschreibung trifft man auf Regelungen, die nur den Einzelfall betreffen sollen⁵⁾. Entscheidend ist der Sinn der Regelung nicht die Bezeichnung⁶⁾.

weiter Fußnote 4), Seite 98:

Ulmer-Brandner-Hensen, ABGB, § 1 Rn 73; Löwe-Graf v. Westphalen-Trinkner, ABGB, § 1 Rn 34; Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (428); Palandt, BGB, § 8 ABGB, Anm 2 c; Jagenburg, aaO., S. 4.

- 1) Anders Ulmer-Brandner-Hensen, 3. Aufl., ABGB, Rn 901, wonach der Bauunternehmer als Verwender auftritt.
- 2) Vgl. Locher, BauR 1977, S. 221 f.; Jagenburg, aaO., S. 5
- 3) Vgl. Kaiser, Mängelhaftung, S. 19.
- 4) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.34; Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 49.
- 5) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.23.
- 6) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.24, wonach häufig Klauseln vorformuliert sind mit der Anweisung, diese nur zu verwenden, wenn die Erfordernisse des Einzelfalles dies erforderlich machen.

Der persönliche Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes wird in § 24 AGBG geregelt; die Vorschriften der §§ 2, 10, 11 und 12 AGBG finden keine Anwendung gegenüber Kaufleuten, die Handelsgeschäfte abschließen ¹⁾.

3. Wirksamkeitsvoraussetzungen für AGB

Der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen muß - um sie wirksam in den Vertrag einzubeziehen - der anderen Partei die Möglichkeit verschaffen, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Speziell beim Bauvertrag sind die verschiedenen rechtlichen und technischen Vertragsbedingungen äußerst umfangreich, so daß die Frage, welche AGB dem Bauvertrag beigelegt werden müssen, um den Anforderungen des § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGBG zu genügen, differenziert für die verschiedenen Vertragsbestandteile beantwortet werden muß ²⁾.

Hinsichtlich der VOB/Teil B und C erscheint es nicht notwendig, sie den Vertragsunterlagen beizufügen ³⁾, denn sie sind jederzeit im Buchhandel erhältlich. Gleiches trifft auf die Regelwerke zu, auf die Teil C Bezug nimmt. Bei den Zusätzlichen Vertragsbedingungen und den Zusätzlichen Technischen Vorschriften ist eine Bezugnahme ohne weiteres möglich, wenn der einzelne Bewerber sie ohne Schwierigkeiten an anderer Stelle einsehen kann ⁴⁾.

1) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.36

2) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.39.

3) Vgl. Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG, § 2 Rn 40.

4) Vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 10; Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.40.

4. AGBG und die rechtlichen Vertragsbedingungen

a. Allgemeine Vertragsbedingungen

Der Einbeziehung der VOB in den Schutzbereich des AGBG steht nicht die Begriffsbestimmung des § 1 AGBG entgegen, wonach der Verwender der anderen Partei vorformulierte Vertragsbedingungen bei Abschluß des Vertrages stellt. Dabei kommt es nicht darauf an, daß AGB einseitig vom Verwender aufgestellt oder vorformuliert werden; die VOB ist ja gerade das genaue Gegenstück einseitig vorformulierter Vertragsbedingungen und fällt aus dem Rahmen dessen, was der Gesetzgeber im Auge gehabt hat ¹⁾. Entscheidend ist vielmehr, daß eine Partei vorformulierte Vertragsbedingungen von sich aus in den Vertrag einbringt (Verwender) und von dem Partner den Abschluß des Vertrages zu diesen Bedingungen verlangt ²⁾. Die Entstehungsgeschichte spielt für die rechtliche Qualifizierung keine Rolle ³⁾. Die Allgemeinen Vertragsbedingungen der VOB sind daher den AGB zuzurechnen ⁴⁾ und unterliegen ihrem Regelungsbereich ⁵⁾.

1) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 52 ff.; Weitnauer, BauR 1978, S. 73; Korbion, VersR 1977, S. 681.

2) Nicklisch/Weick, aaO., Rn 52 mit weiteren Nachweisen.

3) So Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.44.

4) Vgl. statt aller Ingenstau-Korbion, VOB/A § 10 Rn 47.

5) Allerdings wird der sachliche Anwendungsbereich durch § 23 Abs. 2 Nr. 5 AGBG eingeschränkt, sofern nicht die VOB/B als Ganzes dem Vertrag zugrunde gelegt wird; andernfalls sind sämtliche Klauseln der standardisierten Vertragsbedingungen am AGBG zu messen, vgl. Nicklisch/Weick, VOB/B, Einl. Rn 58 f.

b. Zusätzliche Vertragsbedingungen

Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen ergänzen die allgemein gegebenen Verhältnisse. Sie sind eingebettet in die Bestimmungen der VOB/A. Anders als die Allgemeinen Vertragsbedingungen sind sie nicht von den Repräsentanten der am Baumarkt Beteiligten erarbeitet. Sie werden von den öffentlichen Auftraggebern mehr oder weniger einseitig aufgestellt ¹⁾. Zusätzliche Vertragsbedingungen erfüllen damit die Kriterien Allgemeiner Geschäftsbedingungen ²⁾. Ihre inhaltliche Überprüfung hat anhand der Allgemeinen Vertragsbedingungen und dem dort geregelten Interessensausgleich zu erfolgen.

c. Besondere Vertragsbedingungen

Besondere Vertragsbedingungen berücksichtigen die Gegebenheiten des Einzelfalles, so daß die Anwendung des AGB-Gesetzes schon am Fehlen der Voraussetzung "einer Vielzahl von Verträgen" scheitern könnte.

Die Überprüfung von Besonderen Vertragsbedingungen durch AGB-Gesetz mit dieser Begründung zu verneinen, begegnet schwerwiegenden Argumenten. Die Besonderen Vertragsbedingungen erfüllen nämlich ansonsten alle Kriterien, die an AGB geknüpft werden. Das Merkmal der Individualabrede liegt nicht vor, denn auch die Besonderen Vertragsbedingungen werden einseitig von den öffentlichen Auftraggebern in den Vertrag eingeführt. Ein

-
- 1) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.51, über den Einfluß der Bauindustrie hinsichtlich der Beteiligung bei der Aufstellung von ZVB.
 - 2) Dazu auch Berg, AGB-Gesetz und Zusätzliche Vertragsbedingungen, Bauwirtschaft 1980, S. 1732 f.

Aushandeln scheidet schon wegen der Eigentümlichkeit des Vergabesystems aus ¹⁾. Andererseits gestattet die VOB/A in § 10 die Abänderung der Allgemeinen Vertragsbedingungen. Der Verwender hätte - unter Berücksichtigung der Einschränkung in Nr. 2 Abs. 2 letzter Satz - es also in der Hand, das Vertragswerk für seine wirtschaftliche Interessen umzuändern. Gerade diesem Zweck, dem Mißbrauch von Vertragsfreiheit, versucht das AGB-Gesetz zu begegnen. Die Wirkung der Überprüfbarkeit des VOB-Bauvertrages durch das AGB-Gesetz müßte verpuffen, wenn der Bauherr als Aufsteller ergänzender Vertragsbedingungen in den Besonderen Vertragsbedingungen das regeln und durchsetzen könnte, was ihm in den Zusätzlichen Vertragsbedingungen verwehrt ist vorzunehmen. Es wäre daher unverständlich, die Besonderen Vertragsbedingungen keiner Inhaltskontrolle zu unterwerfen. Da sie jedoch nicht unter das AGB-Gesetz fallen, kommt nur eine solche Inhaltskontrolle in Betracht, die sich an den Maßstäben des AGB-Gesetzes orientiert ²⁾. Zum Zwecke einer umfassenden Kontrolle sind die in den §§ 3 und 5 ACBC enthaltenen Regelungen gleichfalls anzusetzen.

Besondere Vertragsbedingungen sind ferner dann als AGB einzustufen, wenn sie - entgegen ihrer Bezeichnung - eine Vielzahl von Klauseln enthalten, deren Anwendung von einer Entscheidung im Einzelfall abhängig gemacht wird. Hier handelt es sich in Wahrheit um Zusätzliche Vertragsbedingungen.

1) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErIZ A 10.31 (1).

2) So auch Daub-Piel-Soergel, ErIZ A 10.32, gegen eine Individualabrede spricht ferner, daß der Auftraggeber darüber zu verhandeln nicht bereit ist.

5. AGBG und die technischen Vertragsbedingungen

a. Allgemeine Technische Vorschriften

Die Einbeziehung der Allgemeinen Technischen Vorschriften in den Rahmen der AGB folgt nicht schon daraus, daß die VOB/C gem. § 1 Nr. 2 Satz 2 VOB/B Bestandteil des VOB-Bauvertrages wird, denn damit ist noch keine rechtliche Qualifikation getroffen ¹⁾. Vielmehr gilt es entsprechend des Regelungsinhaltes zu differenzieren.

Enthalten die Technischen Vorschriften nur technische Regeln, liegen keine AGB vor. Sie stellen als niedergelegte technische Erfahrungsregeln keinen juristisch-normativen Sollensmaßstab dar, aus dem sich eine Rechtsnormqualität herleiten ließe ²⁾. Eine Inhaltskontrolle gem. § 8 AGBG greift wegen mangelnden Rechtsnormcharakters solcher Regelungen nicht ein ³⁾.

Technische Vorschriften beinhalten aber - und zwar untrennbar mit den technischen Regeln verbunden - in großem Umfang vertragsrechtliche Regelungen. Der Bereich der reinen Leistungsbeschreibung wird dabei verlassen und vertragsrechtliche Nebenpflichten werden festgelegt ⁴⁾. In diesem Fall sind die Allgemeinen Technischen Vorschriften als AGB anzusehen ⁵⁾. Allerdings ist ei-

1) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.45; a.A. wohl Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 53.

2) Vgl. nur Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 4.84.

3) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.45; gleiches gilt für die Leistungsbeschreibung und Vergütungsabreden.

4) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.45.

5) So Soergel, Bauwirtschaft, 1980, S. 280 (281); Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 10 Rn 53; dagegen Heiermann-Riedl-Schwaab, aaO., VOB/A, Einl. Rn 59.

ne Kollision der VOB/C mit dem AGBG schwerlich vorstellbar, weil die Technischen Vorschriften nur das wiedergeben, was sich auf dem Bausektor als branchenüblich und als Verkehrssitte herausgebildet hat ¹⁾.

Wenn in den Allgemeinen Technischen Vorschriften auf andere DIN-Normen verwiesen wird - die VOB/C enthält nur einen Teil der für die Bauausführung relevanten DIN-Normen - so ergeben sich keine Bedenken hinsichtlich der Anwendung des AGB-Gesetzes. Die Möglichkeit, sich über diese Normen Kenntnis zu verschaffen, besteht für den Gegner des Verwenders in gleicher Weise wie bei Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen ²⁾. Was die Inhaltskontrolle gem. § 8 AGBG anbetrifft, so ist wieder von der obigen Differenzierung auszugehen ³⁾.

b. Zusätzliche Technische Vorschriften

Entsprechend den Zusätzlichen Vertragsbedingungen werden die Zusätzlichen Technischen Vorschriften einseitig durch die öffentliche Hand dem Bauvertrag zugrunde gelegt. Da sie mithin nicht individuell ausgehandelt werden und die sonstigen Voraussetzungen, die an das Vorhandensein von AGB geknüpft werden, vorliegen, fallen sie unter das AGBG.

1) Vgl. Soergel, Bauwirtschaft 1980,, S. 281.

2) Diese Normen sind nicht in Teil C der VOB abgedruckt.

3) Ausführlich dazu Daub-Piel-Soergel, ERIZ A 10.46.

Ähnlich wie die Allgemeinen Technischen Vorschriften umfassen die Zusätzlichen Technischen Vorschriften Regelungen unterschiedlicher Rechtsqualität. Eine Inhaltskontrolle kann deshalb nur greifen, wenn die Zusätzlichen Technischen Vorschriften von Rechtsvorschriften abweichende bzw. ergänzende Regelungen beinhalten. Man könnte somit annehmen, daß soweit zusätzliche technische Regeln aufgestellt sind, der Charakter einer Rechtsvorschrift nicht gegeben ist. Jedoch statuiert § 4 Nr. 2 VOB/B die Pflicht des Auftragnehmers, nach den anerkannten Regeln der Technik zu bauen. In Ergänzung trifft ihn bei einer fehlerhaften Leistungsbeschreibung oder Anordnung des Auftraggebers eine Hinweispflicht, um der Gewährleistungsverpflichtung aus § 13 Nr. 3 VOB/B zu entgehen. Verstoßen die Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen gegen die anerkannten Regeln der Technik ¹⁾ - was sich mitunter trotz theoretischer Absicherung erst in der Praxis erweist - wird das Vertragsrisiko des Auftragnehmers zusätzlich erhöht. Für einen solchen Fall schlägt Soergel eine Inhaltskontrolle der ZTV gem. § 9 AGBG vor ²⁾.

Enthalten die Zusätzlichen Technischen Vorschriften Regelungen, die denen der Abschnitte 4 und 5 der Allgemeinen Technischen Vorschriften entsprechen, kann eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers vorliegen, wenn in ihnen Nebenabreden zu Leistung und Preis getroffen werden. Zusätzliche Technische Vorschriften unterliegen dann jedoch nicht dem AGBG, wenn sie

-
- 1) Sofern ZTV an die Stelle hoch fehlender ATV treten, kann dies im Interesse beider Vertragsparteien an einer erschöpfenden Leistungsbeschreibung nur förderlich sein, vgl. Soergel, Bauwirtschaft 1980, S. 280 (282).
 - 2) Vgl. Soergel, Bauwirtschaft 1980, S. 282; einschränkend Ingenstau-Korbion, VOB/A, § 19 Rn 62.

Leistungs- und Preisbestimmungen zum Inhalt haben. Die Abgrenzung zwischen kontrollfreier Leistungsbestimmung und der Inhaltskontrolle unterliegenden Nebenabrede kann nur im Einzelfall getroffen werden ¹⁾.

Die Zusätzlichen Technischen Vorschriften können schließlich Regelungen enthalten, die allein vertragsrechtlichen Charakter aufweisen und einer systematischen Einordnung folgend, ihren Platz in den Zusätzlichen Vertragsbedingungen hätten. Sie unterliegen uneingeschränkt der Inhaltskontrolle, sofern sie überhaupt wegen § 3 AGBG Vertragsinhalt geworden sind ²⁾.

c. Besondere Technische Vorschriften

Ergänzungen und Änderungen der Technischen Vorschriften in der Leistungsbeschreibung sind einer Überprüfung durch das AGBG nicht zugänglich, wenn es sich um einzelfallbezogene Regelungen handelt. Andernfalls findet, sofern es sich nicht um rein technische Regelungen handelt, das AGB-Gesetz Anwendung ³⁾.

1) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.54; Soergel, Bauwirtschaft 1980 ebd.

2) Soergel, aaO., S. 282 f.

3) Insoweit kann auf die BVB verwiesen werden; Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.56.

VI. Standardisierte rechtliche und technische Vertragsbedingungen

1. Standardisierung der rechtlichen Vertragsbedingungen

a. Einführung

Verwaltungsanordnungen sollen als verwaltungsinterne Regelungen das Handeln der Behörde näher bestimmen ¹⁾. Sie geben den Bediensteten Richtlinien zur Hand, nach denen sie bei der Ausübung ihrer Dienstgeschäfte zu verfahren haben. Je konkreter die Verwaltungsanordnungen die anstehenden Fragen zu klären helfen, desto größer ist der Rationalisierungseffekt innerhalb der Verwaltung ²⁾.

Für die Anwendung der VOB durch die öffentliche Hand ergibt sich, daß die beabsichtigte Rationalisierung nicht zum Erfolg führen konnte, solange den mit der Bauvergabe befaßten Behörden keine Richtlinien für die Aufstellung ergänzender rechtlicher und technischer Vertragsbedingungen zur Verfügung gestellt wurden ³⁾.

-
- 1) Vgl. dazu Ossenbühl in Erichsen/Martens, AllgVerwR, S. 84 ff.; zur Problematik der Verwaltungsvorschriften im Wirtschaftsrecht siehe Barby, BB 1973, S. 366 ff.
 - 2) Diese Art von Verwaltungsvorschriften lassen sich unter dem Begriff der verhaltenslenkenden Verwaltungsvorschriften einordnen, wobei daneben auch die Vereinheitlichung der Rechtsanwendung eine wichtige Rolle spielt. Verwaltungsvorschriften im Bauauftragswesen entspringen der förmlichen Ausgestaltung des Vergabeverfahrens; vgl. Ossenbühl, aaO., S. 85; Pietzcker, Staatsauftrag S. 249 ff.
 - 3) Vgl. dazu eingehend Weick, Standardbedingungen, S. 14 ff., (61 f.).

Zur Erreichung dieses Zieles wurden zwei verschiedene Wege eingeschlagen: die Herausgabe von Vergabehandbüchern und die Aufstellung standardisierter Vertragsbedingungen.

b. Vergabehandbücher

Zur Vereinheitlichung der Vergabevorschriften wurde 1973 für den Bereich der Bauverwaltung des Bundes das Vergabehandbuch ¹⁾ geschaffen, in dem die bei der Anwendung der VOB und der Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beachtenden Richtlinien und Hinweise zusammengefaßt sind. Das Vergabehandbuch besteht aus sechs Teilen ²⁾ und ist als Dienstanweisung einzuordnen, die nach außen hin die Wirkung allgemeiner Geschäftsbedingungen hat ³⁾.

Die Länder haben entweder eigene Vergabehandbücher zusammengestellt, die sich an das Vergabehandbuch des Bundes weitgehend

-
- 1) Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Bundes im Zuständigkeitsbereich der Finanzbauverwaltungen (VHB), MinBIFin. 1973, S. 746 ff.; jetzt gültig in der 4. Austauschlieferung, MinBIFin. 1982, S. 369 ff.
 - 2)
 - Teil I: Richtlinien zu VOB/A und VOB/B;
 - Teil II: Einheitliche Verdingungsmuster;
 - Teil III: Sonstige einheitliche Muster;
 - Teil IV: Allg. Bestimmungen, die neben der VOB/B bei der Vergabe zu berücksichtigen sind;
 - Teil V: Richtlinien und Hinweise für die Finanzbauverwaltungen;
 - Teil VI: Leitfaden für Bauunterhaltungs- und Instandhaltungsarbeiten, Nachtragsvereinbarungen, etc.
 - 3) Vgl. Nicklisch, BB 1974, Beil. Nr. 10 S. 5; Ingenstau-Korbion, VOB/B; Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.63.

anlehnen, aber auch landes-spezifische Angaben enthalten ¹⁾ oder verfahren nach dem vom Bund herausgegebenen Vergabehandbuch ²⁾.

Für den kommunalen Bereich existieren in allen Bundesländern Runderlasse, in denen den Gemeinden und sonstigen Körperschaften des öffentlichen Rechts die Empfehlung gegeben wird, sich am Vergabehandbuch des Bundes zu orientieren oder es bestehen gesetzliche Regelungen ³⁾.

Ferner hat der Deutsche Städtetag in seinem Landesverband Nordrhein-Westfalen Einheitliche Verdingungsmuster und Einheitliche Formblätter entwickelt sowie Richtlinien zur VOB aufgestellt. Seit kurzer Zeit sind diese Richtlinien nach dem Vorbild des Vergabehandbuches des Bundes zu einem Kommunalen Vergabehandbuch zusammengefaßt und den Mitgliedsstädten zur Benutzung empfohlen ⁴⁾.

-
- 1) Z.B. Rheinland-Pfalz: Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Landes Rheinland-Pfalz (VHB-RPI) im Zuständigkeitsbereich der Staatlichen Hochbauverwaltung (MinBl. 1976, S. 1437), RdErl. d. MdF v. 24.11.1976; Nordrhein-Westfalen: Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben des Landes im Bereich der Staatlichen Hochbauverwaltung (VHB NW), SMBl. NW v. 4.12.1975; Bayern: Vergabehandbuch für die Durchführung von Bauaufgaben im Bereich der Bayerischen Staatsbauverwaltung (VHB Bayern), eingeführt mit Bekanntm. v. 5.2.1974 (MABl. S. 249), zuletzt überarbeitet und eingeführt mit Bekanntm. v. 19.3.1982 (MABl. S. 241).
 - 2) Z.B. Baden-Württemberg, Hessen, Saarland, Schleswig-Holstein.
 - 3) Siehe z.B. für Bayern Bekanntmachung des Bayer. Staatsministeriums des Innern v. 30.6.1976 (MABl. S. 599); zum Ganzen ausführlich oben § 2 Kap. A II 3.
 - 4) Vgl. auch Jahrbuch des Deutschen Baugewerbes 1982, S. 124.

c. Standardisierte Vertragsbedingungen

Daneben haben die öffentlichen Auftraggeber für bestimmte Fachgebiete Zusätzliche Vertragsbedingungen aufgestellt. Entsprechend den Einheitlichen Verdingungsmustern der Finanzbauverwaltung wurden vom Bundesschatzministerium ¹⁾ andere Zusätzliche Vertragsbedingungen für spezielle Fachbereiche verfaßt.

Für den Bereich des Straßen- und Brückenbaus wurden vom Bundesminister für Verkehr nach Abstimmung mit den obersten Straßenbaubehörden der Länder und den bauvergebenden Bundesressorts "Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (ZVB-St 80)" aufgestellt und eingeführt ²⁾³⁾. Die Ausgabe 1980 ist die zur Zeit gültige Fassung. Mit dieser Neufassung der Zusätzlichen Vertragsbedingungen für den Straßen- und Brückenbau wurde der Neufassung der VOB, Ausgabe 1979, Rechnung getragen.

-
- 1) Jetzt federführend der Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau.
 - 2) Eingeführt durch Allgemeines Rundschreiben Straßenbau (ARS) Nr. 15/1980 v. 15.7.1980, abgedruckt in Straße und Autobahn 1980, S. 429.
 - 3) Die Vorgänger der ZVB-St 80 waren; ZV Stra 1963 (ARS, Nr. 2/1963 v. 18.3.1963); ZV Stra 1973 (ARS Nr. 5/1973 v. 15.5.1973); ZVB-St 75 (ARS, Nr. 20/1975 v. 20.12.1975).

Die jeweiligen Entwürfe der ZVB-St wurden den maßgeblichen Gremien der Bauwirtschaft ¹⁾ zugeleitet, deren Stellungnahmen erörtert und Änderungswünsche teilweise übernommen ²⁾.

Bei Bauleistungen an Bundeswasserstraßen finden die "Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen an Bundeswasserstraßen" (ZVBW) Anwendung ³⁾.

-
- 1) Insbesondere der Hauptverband der Deutschen Bauindustrie e.V., Wiesbaden.
 - 2) Bezüglich der Neufassung der ZVB-St 75 vgl. die Stellungnahmen von Stern/Vogler, Straße und Autobahn, 1976, 46, und Linke, Bauwirtschaft 1976, 588; bezüglich der Neufassung der ZBV-St 80 siehe Wolff, Bauwirtschaft 1980, 1650, wonach zwar die Auffassungen der Auftragnehmer größtenteils berücksichtigt wurden, aber trotzdem Wünsche und Vorstellung offengeblieben sind oder keine Berücksichtigung gefunden haben. Ansonsten wird die Beteiligung der Bauindustrie an der Aufstellung von Vorschriften sehr unterschiedlich seitens der öffentlichen Hand gehandhabt, siehe nur Schreiben des Zentralverbandes der Deutschen Bauindustrie vom 26.5.1978 an das Bundesministerium für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau, weil vor einer Änderung der ZVB keine Anhörung stattgefunden hatte, zitiert nach Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.51 Fn 78.
 - 3) Fassung Januar 1978.

Bei der Deutschen Bundespost und der Deutschen Bundesbahn gibt es ebenfalls Zusätzliche Vertragsbedingungen, die bei allen Bauverträgen mit privaten Unternehmern Anwendung finden ¹⁾²⁾.

Die öffentlichen Auftraggeber haben ebenso die Besonderen Vertragsbedingungen zu vorformulierten Standardbedingungen zusammengefaßt. Sie sind formularmäßig aufgebaut, so daß für den jeweiligen Einzelfall die entsprechenden Eintragungen und Ergänzungen der Allgemeinen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen vorgenommen werden können. Dies gilt für die im Vergabehandbuch des Bundes aufgeführten Besonderen Vertragsbedingungen ³⁾ wie auch für die Muster der Besonderen Vertragsbedingungen,

-
- 1) Bei der Deutschen Bundespost sind zwei verschiedene ZVB in Gebrauch: "Zusätzliche Vertragsbedingungen der Deutschen Bundespost (DBP) zu den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) - ZVB-Hochbau, Ausgabe 1981" und "Zusätzliche Vertragsbedingungen der Deutschen Bundespost (DBP) für die Ausführung von Bauleistungen am Fernmeldeleitungsnetz /ZVB-FIN), Ausgabe 1977". Beide ZVB enthalten unterschiedliche Regelungen, z.B. bestimmt Nr. 2.5 der ZVB-Hochbau, daß die Preise für nicht im Vertrag vorgesehene Leistungen vor Beginn der Arbeit schriftlich zu vereinbaren sind; nach § 2 Nr. 6 Abs. 1 VOB/B genügt die Anzeigepflicht, Abs. 2 sagt, daß die Vergütung möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren ist; die ZVB-FIN enthalten keine solchen Regelungen. Andererseits wird dort in Nr. 4.4.1 festgelegt, daß der Auftragnehmer für Zufahrtswege auf eigene Rechnung zu sorgen hat, die Kosten über den Preis für die Leistung abgegolten sind; dagegen besagt Nr. 4.4 der ZVB-Hochbau nur, daß die Zufahrtsflächen im früheren Zustand zurückzugeben sind.
 - 2) Bei der Deutschen Bundesbahn sind ebenfalls zwei verschiedene ZVB in Gebrauch: "Zusätzliche Vertragsbedingungen der Deutschen Bundesbahn für die Ausführung von Bauleistungen (Z-VOB/B der DB), Ausgabe 1978" und "Zusätzliche Vertragsbedingungen der Deutschen Bundesbahn für die Ausführung von Oberbauarbeiten (ZO-VOB/B der DB)".
 - 3) EVM (B) BVB (1980).

die vom Bundesminister für Verkehr für Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau herausgegeben worden sind ¹⁾.

2. Standardisierung der Technischen Vorschriften

a. Ursachen der technischen Standardisierung

Im technischen Bereich ist das Bestreben der Standardisierung der entsprechenden Vertragsteile noch ausgeprägter als im rechtlichen Bereich ²⁾. Da im Teil C der VOB anfangs nur ein ganz kleiner Teilausschnitt der Bautechnik geregelt worden war - bis heute hat sich die Anzahl der Normen im Vergleich zu 1926 mehr als verdoppelt -, bestand schon seit mehreren Jahrzehnten ein Defizit niedergeschriebener technischer Bestimmungen.

Es zeigt sich nun - auch wenn man die Tatsache berücksichtigt, daß der Tiefbau wegen seiner Eigenart regelungsintensiver ist als der Hochbau ³⁾ -, daß die öffentlichen Auftraggeber ungleich häufiger als private Auftraggeber dazu übergegangen sind, für alle Gewerke und auszuführenden Leistungen eigene Technische

1) Vgl. dazu Richtlinien für das Aufstellen von Unterlagen zur Vergabe von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau, RV-St 80 (Ausgabe 1980), herausgegeben vom Bundesministerium für Verkehr und die dazu ergangenen Hinweise (Hinw-BV-StB) im Vergabehandbuch Bayern.

2) Standardisierung durch gemeinsame Richtlinien, Grundsätze, Normen, Empfehlungen usw.; vgl. dazu eingehend, Zemlin, Die überbetrieblichen Normen, S. 32 ff.; Grundsätze für das Aufstellen Technischer Regelwerke für das Straßenwesen - Arten und Inhalt - ARS Nr. 26/1980 v. 12.12.1980, Verkehrsblatt 1981, S. 7.

3) Vgl. Lohmann, Referate der 4. Bautechn. Tagung, S. 22.

Vorschriften aufzustellen¹⁾. Der Grund dafür liegt zum einen im technischen Bereich²⁾, wie z.B. erhöhte Qualitätsanforderungen von Bauteilen, die durch Streusalz beansprucht werden, um die Unterhaltungskosten zu senken und die Lebensdauer zu verlängern; weiterhin machen Probleme des Umweltschutzes, der Aufrechterhaltung des fließenden Verkehrs etc. die Aufstellung von Zusätzlichen Technischen Vorschriften erforderlich.

Zu einem großen Teil spielen auch psychologische Beweggründe eine Rolle³⁾: Mit dem Drang nach Perfektion kann oft nur das Bestreben erklärt werden, möglichst alle technischen Sachverhalte, sollten sie auch noch so komplex sein, zu normieren. Fehler und Pannen versucht man im voraus dadurch zu vermeiden, daß für alle möglichen Bauleistungen technische Vorschriften aufgestellt werden, auf die im Bedarfsfalle zurückgegriffen werden kann, um so schuldhaftes Verhalten der eigenen Person möglichst auszuschalten: die Delegation der eigenen Verantwortung auf einen Plan, der sich zumeist als das Werk mehrerer Personen darstellt. Schließlich trifft man noch häufig auf die Grundhaltung, bestimmte Arbeiten immer entsprechend einer bestimmten Bauausführung zu erledigen, selbst wenn die Arbeiten höchst selten vorkommen⁴⁾.

-
- 1) Vgl. Haderer, Bauwirtschaft 1981, S. 652; Wilke, Zusammenhang, S. 16; Herion, Bauwirtschaft 1980, S. 1120; Bauwirtschaft 1982, S. 1678.
 - 2) Vgl. Ernst/Standfuß, Straße und Autobahn 1976, S. 234.
 - 3) Dieser Gedanke schwingt auch mit bei Goffin, Bauwirtschaft 1977, S. 199.
 - 4) Vgl. dazu auch die Referate und Diskussion auf der 4. Bautechnischen Tagung der Wirtschaftsvereinigung Bauindustrie e.V. NV, Düsseldorf, mit dem Thema "Zusätzliche Vorschriften in der Kritik"; insb. Pöggeler, aaO., S. 16 ff.

b. Beispiele für standardisierte technische Vorschriften

Die DIN-Normen stellen einen ersten Versuch der Standardisierung von technischen Normen dar, deren Bedeutung speziell für das Bauwesen durch die Aufnahme in den Teil C der VOB unterstrichen wird ¹⁾. Bei der Aufstellung anderer technischer Normen, die nicht zur Bearbeitung durch das DIN anstanden und bei denen mitunter spezielle Probleme des öffentlichen Auftraggebers zu lösen sind ²⁾, muß sich die öffentliche Hand anderweitig eines Sachverständigen bedienen, zumal oft umfangreiche wissenschaftliche Vorarbeiten notwendig sind. Wie diese Vorschriften ³⁾, die z.B. für den Bereich des Straßen- und Brückenbaus vom Bundesverkehrsministerium jeweils durch Allgemeine Rundschreiben (ARS) eingeführt werden, bzw. von wem sie erarbeitet werden, wird im nächsten Kapitel behandelt.

-
- 1) Ausführlich Wolfensberger, Baukunst, S. 61 ff.; Marburger, Regeln der Technik, S. 369 ff.; Backherms, DIN-Institut, S. 54 ff.; Zemlin, Normen, S. 85 ff.; Nickusch, Normativfunktion, S. 21 ff.; 42 ff.; 187; zur Haftung fehlerhafter Normen, Günther, S. 45 ff.
 - 2) Qualitätsanforderungen und Einbauanweisungen für tausalzbeanspruchte Fahrbahnübergänge.
 - 3) Beispielsweise:
 - Technische Vorschriften und Richtlinien für die Ausführung von Bodenverfestigungen im Straßenbau, ZTVV - StB 80 (Ausgabe 1981);
 - Zusätzliche Technische Vorschriften und Richtlinien für Erdarbeiten im Straßenbau, ZTVE - StB 76 (Fassung 1978).

VII. Die Aufsteller standardisierter Vertragsbedingungen

1. Die Bauverwaltungen von Bund und Ländern

Die Aufstellung rechtlicher standardisierter Vertragsbedingungen geschieht weitgehend unter der Federführung des Bundes in Zusammenarbeit mit den entsprechenden Verwaltungen der Länder. Letztere übernehmen die Vorschriften für ihren Aufgabenbereich gegebenenfalls unter Einfügung landesspezifischer Ergänzungen. So oblag dem Arbeitskreis Verdingungswesen im Straßen- und Brückenbau (AV-StB), der von den Straßenbauverwaltungen des Bundes und der Länder gebildet wird, die Aufstellung der RU-StB 80 ¹⁾, Bwb-StB 79 ²⁾ und ZVB-StB 80 ³⁾, um nur einige Beispiele zu nennen, wobei die Bauindustrie zum Teil mitbeteiligt war ⁴⁾.

2. Der Deutsche Verdingungsausschuß

Der Deutsche Verdingungsausschuß für Bauleistungen, der sich zur Aufgabe gemacht hat, Grundsätze für die sachgerechte Vergabe und Abwicklung von Bauaufträgen zu erarbeiten ⁵⁾, besteht

-
- 1) Richtlinien für das Aufstellen von Unterlagen zur Vergabe von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau.
 - 2) Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau.
 - 3) Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau; die Ausarbeitung der Zusätzlichen Technischen Vorschriften für Kunstbauten (ZTV-K 80) erfolgte durch den Bund/Länder Fachausschuß Brücken- u. Ingenieurbau, der Abteilungen Straßenbau und Binnenschifffahrt und Wasserstraßen im Bundesverkehrsministerium sowie der Deutschen Bundesbahn.
 - 4) Vgl. oben S. 112, Fn 2.
 - 5) Vgl. Daub-Piel-Soergel, VOB/A, S. 1983 ff. (Anhang).

mehrheitlich aus Mitgliedern der öffentlichen Auftraggeber ¹⁾. Er setzt sich aus drei Hauptausschüssen zusammen, von denen der Hauptausschuß "Allgemeines" Fragen der VOB/A und B behandelt und die beiden Hauptausschüsse "Tiefbau" und "Hochbau" für die VOB/C zuständig sind. Die Ergebnisse finden ihren Niederschlag in den Neufassungen der VOB, die die öffentlichen Auftraggeber jeweils für ihre Fachbereiche dann einführen.

3. Die Bundesanstalt für das Straßenwesen

Für den Bereich des Straßenbaus erfolgt die Erarbeitung der einschlägigen Normen und Vorschriften der Bauverwaltungen unter Zuhilfenahme der Tätigkeit der Bundesanstalt für Straßenwesen, die als nicht rechtsfähige Anstalt des Bundes sich mit technisch-wissenschaftlichen Fragen des Straßenbaus beschäftigt ²⁾. Die Bundesanstalt für das Straßenwesen (BAST) steht in engem Kontakt zu den anderen auf den Gebieten arbeitenden Hochschulen und Forschungseinrichtungen, insbesondere der Forschungsanstalt für das Straßen- und Verkehrswesen (FGSV).

4. Die Forschungsanstalt für das Straßen- und Verkehrswesen

Große Bedeutung kommt ferner der Forschungsanstalt für das Straßen- und Verkehrswesen für die Erstellung Technischer Vorschriften zu ³⁾. Die auf den Gebieten der Straßenbau- und Stra-

1) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 54 ff.

2) Ausführlich dazu Praxenthaler, Straße und Autobahn 1972, S. 503 ff.

3) Vgl. Praxenthaler, Straße und Autobahn 1972, S. 503 (507 ff.).

ßenverkehrstechnik tätigen Forschungseinrichtungen haben ihren organisatorischen Verbund in der Forschungsanstalt für das Straßen- und Verkehrswesen gefunden. Neun Arbeitsgruppen und ihnen untergeordnete Arbeitsausschüsse und -kreise decken das gesamte Forschungsprogramm von der Verkehrsplanung bis zu den straßenbautechnischen Fragen ¹⁾ ab. In den verschiedenen Arbeitsgruppen nehmen die vorbereitende Bearbeitung von Technischen Vorschriften und Richtlinien des Straßenwesens sowie die Herausgabe von Merkblättern für einzelne Fachgebiete breiten Raum ein.

C. Defizitvermutung der Unausgewogenheit der Vertragsbedingungen (Zusammenfassung)

I. Die Nachfragemacht als juristische Machtposition

Das Verhältnis zwischen der öffentlichen Hand im Rahmen der fiskalischen Bauverwaltung und dem bauausführenden privaten Unternehmer wird aus ökonomischer Sicht durch die Nachfragemacht der öffentlichen Auftraggeber nach Bauleistungen bestimmt. Der Bauunternehmer ist zu einem mehr oder weniger großen Teil auf den Kunden "öffentliche Hand" angewiesen. Abgesehen von Spezialfirmen des Baugewerbes besteht die gegenseitige Abhängigkeit jeweils zwischen den lokalen und regionalen Bauverwaltungen einerseits und dem Bauunternehmer andererseits; Möglichkeiten auf andere Märkte auszuweichen, bestehen aufgrund der

1) Siehe dazu die übersichtliche Gliederung der Arbeitsgremien im Tätigkeitsbericht der Forschungsgesellschaft für das Straßen- und Verkehrswesen 1982/1983, S. 9 ff.

Eigenarten des Baugewerbes kaum ¹⁾.

Die wirtschaftliche Abhängigkeit birgt daneben die weitere Gefahr, daß der Auftraggeber seine Besserstellung gegenüber dem Vertragspartner auf vertragsrechtlicher Ebene zu erweitern versucht ²⁾. Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Bauunternehmers wird verstärkt durch eine vertragsrechtliche: Risiken, die der Auftraggeber zu tragen hätte, werden dem Auftragnehmer aufgebürdet. Von einer Vertragsgerechtigkeit im öffentlichen Bauauftragswesen kann dann nicht mehr gesprochen werden, wenn ein Vertragspartner seine ökonomische Stärke für die einseitige Durchsetzung seiner Interessen ausnutzt ³⁾.

II. Komplexität des Bauvertrages

Die besonderen Gegebenheiten des Bauvertrages haben in der Bauvertragsgestaltung der VOB ihren Niederschlag gefunden. Mangels der äußerst unvollkommenen normativen Regelung im BGB

1) Vgl. oben § 1 Kap. B I 3.

2) Vgl. dazu allgemein Raiser, Vertragsfreiheit heute, JZ 1958; S. 1 ff.; Kötz in MünchnKomm., Einl. ABGB, Rn 1 ff.; ferner speziell für den Bauvertrag die Beispielsammlung von Vertragsbedingungen aus der österreichischen Baupraxis, wonach viele Vertragsbedingungen mit den Grundprinzipien des Vertragsrechts nicht in Einklang stehen, in Kühne, Rechtsfragen des Bauvertrages, S. 83 ff.; Nicklisch, Rechtsprobleme, S. 1 f; Schmidt-Salzer, Bedeutung, S. 2 ff.

3) Insoweit haben die von Steinbrecher, Vergebungsarbeiten, S. 8 ff. schon 1920 aufgeführten Mißstände des Verdingungswesens heute noch ihre Gültigkeit.

wurde mit der VOB ein Vertragswerk erarbeitet, das die Zustimmung aller am Baugeschehen beteiligten Partner besitzt. Die Geschichte der VOB verdeutlicht die permanente Auseinandersetzung der verschiedenen Interessen (Auftragnehmer und Auftraggeber). Durch das Zusammenspiel von rechtlichen und technischen Vertragsbedingungen, ihre Aufteilung in allgemeine, zusätzliche und besondere Vertragsbedingungen und die Festlegung ihrer Rangfolge¹⁾ wurde versucht, diesen Konflikt zu lösen.

Allerdings konnte die VOB ihrem Anspruch nie ganz gerecht werden²⁾, so daß sich häufig Klagen über die Verstöße gegen die VOB finden. Entscheidend dafür sind vor allem zwei Faktoren. Der theoretische, VOB-gemäße Aufbau des Bauvertrages läßt sich nur schwer in die Praxis umsetzen; die Funktion der verschiedenen Vertragsteile wird von den beiden Vertragsparteien unterschiedlich interpretiert, die Begriffe unterschiedlich verwendet. Die flexible Ordnungsstruktur gibt den Beteiligten die Möglichkeit, inhaltliche Abweichungen zu treffen, die den Grundgedanken der VOB widersprechen. Die Ausnahme läßt sich zur Regel erheben und die Regel wird, je nach der Intention der jeweiligen Vertragsseite, zur Ausnahme erklärt³⁾. Dadurch ergibt sich eine Kombination von

1) Vgl. ausführlich Weick, Standardbedingungen, S. 242.

2) Vgl. Weick, aaO., S. 59 ff.; Korbion, DB 1974, S. 74 (81); IFO-Institut, Partner, S. 120 ff.; Bemerkungen des Bundesrechnungshofes, BT-Dr 7/8 Nr. 93.

3) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 61, wonach die für die öffentlichen Auftraggeber tätigen Baufirmen registrierten, daß der von der VOB gewährte Freiraum vermehrt genutzt wurde, die für sie nachteiligen Klauseln zu modifizieren und damit den Sinn der Gesamtregelung völlig zu verkehren.

umfangreichen Sonderbedingungen, die nicht selten zu unklaren rechtlichen Verhältnissen führt ¹⁾.

III. Fehlende Inanspruchnahme von Rechtsschutzmöglichkeiten

Die Möglichkeit der einseitigen Schaffung von Vertragsbedingungen - und damit eines unausgewogenen Vertragswerkes - könnte durch einen effizienten Rechtsschutz verhindert werden ²⁾. Die Rechtswirklichkeit sieht dagegen anders aus. Die Aufstellung von Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen, gleich ob rechtlicher oder technischer Art, erfolgt größtenteils ohne Mitwirkung der anderen Beteiligten. Die Auftragnehmer weichen auf andere Maßnahmen wie z.B. Preisabsprachen oder andere wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen, vage Risikozuschläge, Verringerung der Bauqualität, Preiserhöhungen und überzogene Nachforderungen aus, um sich der Unausgewogenheit der vom Auftraggeber festgelegten Vertragsbedingungen zu entziehen ³⁾.

1) Weick, ebd.

2) Vgl. Zuleeg, Rechtsschutz, WuV 1984, S. 112 (116 ff.)

3) Dazu Maier-Mannhardt, Süddeutsche Zeitung Nr. 105 v. 7.5.1983, S. 33, "Ruf nach neuen Spielregeln". Die Preisabsprachen werden als notwendige Überlebungshilfen bezeichnet, da die Auftraggeber das Angebot nicht zum angemessenen, sondern stets zum niedrigsten Preis vergeben. Da jedesmal Unternehmen um Aufträge akquirieren, denen das Wasser bis zum Halse steht und daher unter Selbstkosten kalkulieren, würden andere, halbwegs gesunde Firmen in den Strudel des Existenzkampfes hineingezogen; zu den Forderungen der Bauindustrieverbände im einzelnen siehe Bornickel, Wettbewerbsbeschränkungen, WuV 1984, S. 90 (104 f.)

Die Vermutung der Unausgewogenheit der Vertragsbedingungen wird nicht dadurch entkräftet, daß von seiten der Auftragnehmer die Mißstände klaglos hingenommen werden ¹⁾; auch hat die Bauindustrie von der durch das AGB-Gesetz geschaffenen Möglichkeit des Unterlassungs- und Widerrufsanspruchs ²⁾ bisher kaum Gebrauch gemacht ³⁾.

Dieses Verhalten seitens der Bauindustrie kann nur mit ihrer Furcht erklärt werden, bei der nächsten Auftragsvergabe nicht berücksichtigt zu werden. Es herrscht auch die Vorstellung vor, daß man sich im Zweifelsfalle noch einigen werde oder doch zumindest bei dem nächsten Auftrag zu einem angemessenen Ausgleich kommt. Weick spricht von Ermessens- und Kulanzzonen, die die Bauaufträge umgeben, weil die scharfen, einseitigen Vertragsbedingungen bei der Ausführung der Verträge nicht voll in die Praxis umgesetzt werden könnten ⁴⁾. Zu berücksichtigen bleibt ferner, daß gerichtlich Maßnahmen seitens des Auftragnehmers das Verhalten der Bediensteten des Auftraggebers, mit denen er bei zukünftigen Projekten wieder zusammenarbeiten muß, nachteilig beeinflussen können. Die daraus entstehenden Schwierigkeiten

1) Vgl. Bunte, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 24.6.1983; "Schweigen aus Sorge um Aufträge": "Es scheint so, als ob manche Vergabestellen geradezu einen Ehrgeiz entwickelt hätten, besonders schlau und raffiniert ausgetüftelte Vertragsbedingungen zu stellen. Dabei geht es um unangemessene Risikoverlagerung durch Gewährleistungsfristen, erhöhte Sicherheitsleistungen, Bürgschaften und Vertragsstrafen, weitgehende Änderungsvorbehalte und ähnliche Fragen, die für die Kalkulation des Angebots von entscheidender Bedeutung sein können. Das Vertragswerk ist häufig derartig umfangreich gestaltet, daß für den Anbieter die Abweichungen in den Vertragsbedingungen von der VOB kaum erkennbar sind". Ebenfalls Berg, Bauwirtschaft 1980, S. 1732, der zu dem Fazit kommt, daß die Taktik der Verwender erfolgreich ist.

2) § 13 Abs. 2 Nr. 2 AGBG

3) Vgl. Bunte, ebd.

4) Weick, Standardbedingungen, S. 248.

schlagen sich letztlich in einer verminderten Leistungsbereitschaft und Motivation der Arbeitnehmer des Auftragnehmers nieder. Allerdings müßte der Bauindustrie klar sein, daß der bisher eingeschlagene Weg ungeeignet ist, zu einer Verbesserung der Marktsituation wie auch zu mehr Ausgewogenheit der Vertragsbedingungen zu kommen ¹⁾.

IV. Fehlende Konkretisierung der Rechtsbindungen der Bauverwaltung

Die Defizitvermutung der Unausgewogenheit der Vertragsbedingungen wird schließlich gestärkt durch die fehlenden bzw. nicht hinreichend konkretisierten Rechtsbindungen der privatrechtlich handelnden Bauverwaltung. Außer den haushaltsrechtlichen Bestimmungen sowie der VOB gibt es keine Normen, die auf das Handeln der Bauverwaltung speziell zugeschnitten sind. Der Staat nimmt die Vorteile der Privatautonomie voll in Anspruch ²⁾. Auch das AGB-Gesetz schränkt staatliches Handeln nur insoweit ein, wie es für vergleichbares privates Handeln gelten würde. Die spezifischen Bindungen des Staates bleiben dabei unberücksichtigt ³⁾.

Die Bestandsaufnahme des öffentlichen Bauauftragswesens und der Struktur des öffentlichen Bauauftrags geben Anlaß, die konkreten Vertragsbeziehungen der Bauverwaltung mit dem Unternehmer daraufhin zu untersuchen, ob man von einer Ausgewogenheit der Vertragsbedingungen und damit von einer Partnerschaft der Beteiligten sprechen kann ⁴⁾.

1) Vgl. Bunte, FAZ v. 24.6.1983, ebd.

2) Siehe oben, § 3 C III.

3) Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (428).

4) So der Untertitel des Gutachtens des IFO-Instituts.

Empirische Untersuchung der inhaltlichen Ausgestaltung
öffentlicher Bauverträge

A. Projektbeschreibung

I. Einführung

Die vorliegende Untersuchung stellt den Versuch dar, Rechtstatsachenforschung ¹⁾ zu betreiben, nämlich einen Bereich rechtlicher und wirtschaftlicher Intensität aufzuhellen und dem Juristen zu erschließen. Die Rechtswissenschaft bedarf zu ihrer Weiterentwicklung der Sammlung von Daten und Material ²⁾. Solange dies nicht in der Form von Rechtsentscheidungen vorliegt - und im Bereich des öffentlichen Bauauftragswesens wird selten um Gerichtsschutz nachgesucht ³⁾ - muß diese Aufgabe durch empirische Studien erfüllt werden, weil nur mit solchen Daten sich theoretische Überlegungen sinnvoll darstellen lassen ⁴⁾.

1) Vgl. Lautmann, Justiz, Die stille Gewalt, S. 13 ff.

2) Vgl. Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 62.

3) Siehe oben § 3 Kap. C III; ferner Pietzcker, DÖV 1981, S. 539.

4) Vgl. Lautmann, aaO., S. 25; Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 62, die systematische rechtliche Durchstrukturierung des öffentlichen Auftragswesens unterblieb mangels einer öffentlichen, förmlichen Konfliktbehandlung.

II. Vorgehensweise

Der Versuch einer umfassenden Untersuchung ¹⁾ der Zusätzlichen und Besonderen Vertragsbedingungen sowie der Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen stößt schnell an Grenzen. Die Anzahl der Bauprojekte vergebenden Gebietskörperschaften geht in die Tausende, hinzu kommen privatrechtlich organisierte Unternehmen, die teilweise oder ausschließlich im Besitz der öffentlichen Hand sind. Jeder dieser Auftraggeber vergibt im Jahr dutzende bis zu hunderten von Aufträgen ²⁾, deren Vertragsbedingungen jeweils neu zusammengesetzt werden. Eine Beschränkung der untersuchten Vertragsunterlagen erwies sich daher als erforderlich ³⁾.

Die Untersuchung stützt sich auf die kompletten Vertragsunterlagen, d.h. all die Unterlagen, die der Bewerber von der ausschreibenden Bauverwaltung zur Erstellung seiner Kalkulation ausgehändigt bekommt, von ca. 65 angeschriebenen Bauverwaltungen bzw. Ämtern von Gebietskörperschaften, wobei das Schwergewicht bei den kommunalen Vergabestellen lag. Die Vertragsbedingungen von 50 Bauverwaltungen konnten berücksichtigt werden ⁴⁾; dazu gehören die Unterlagen von 25 Kommunen, größten-

-
- 1) Dabei ist zu beachten, daß das Ergebnis einer empirischen Untersuchung der inhaltlichen Ausgestaltung der öffentlichen Bauverträge neben der Arbeitshypothese auch von der Selektion des Untersuchungsmaterials bestimmt wird.
 - 2) Vgl. die Vergabestatistiken der Finanzbauverwaltungen, Bauverwaltung 1981, S. 161 f.
 - 3) Siehe dazu die Untersuchung einzelner Vertragsbedingungen im privaten Bauauftragswesen von Köderitz aus dem Jahr 1955; ferner die von Daub 1969 erfolgte Umfrage über die Verwendung von Zusätzlichen Vertragsbedingungen bei 52 kommunalen Verwaltungen, vgl. Bauverwaltung 1969, S. 461.
 - 4) Die übrigen Bauverwaltungen stellten dem Verfasser keine oder nur unvollständige Unterlagen zur Verfügung.

teils Großstädte, aus dem gesamten Bundesgebiet, getrennt für die Bereiche Hochbau, Tiefbau und U-Bahn-Bau sowie von Bauverwaltungen der Länder, Bundesbahn und Bundespost ¹⁾. Auf eine Überprüfung der Vertragsbedingungen aller Großstädte mußte in Anbetracht des Umfangs der Verdingungsunterlagen zugunsten einer gestrafften und übersichtlichen Darstellung dieser Arbeit verzichtet werden. Die Generalisierbarkeit der Ergebnisse der Untersuchung ²⁾ leidet darunter jedoch nicht, denn das öffentliche Bauauftragswesen zeigt ein bestimmtes Maß an Einheitlichkeit. Diese besteht in dem formalisierten Vergabeverfahren, den amtlich eingeführten rechtlichen und technischen Vorschriften, der Zielsetzung und der Struktur der Verwaltungstätigkeit. Die aufgeführten Vertragsbedingungen sollen den typischerweise von den Auftraggebern mit solchen Klauseln verfolgten Zweck veranschaulichen; Mängel der Stichprobe hinsichtlich ihrer Repräsentativität müssen zugunsten des Stellenwertes einer ersten Studie auf diesem Gebiet in Kauf genommen werden. Eine detaillierte Untersuchung hätte sich nur auf der Basis eines bestimmten Typus von Bauarbeiten ³⁾ erstellen lassen, doch ging es dem Verfasser gerade um einen Überblick über das gesamte Spektrum der Bauarbeiten.

Da die Unterlagen dem Verfasser teilweise nur unter der Bedingung ausgehändigt wurden, daß eine Nennung der Bauverwaltung unterblieb, wurde generell hiervon abgesehen. Im übrigen erscheint ein solcher Herkunftshinweis auch nicht erforderlich ⁴⁾, denn es ist nicht Sinn der Arbeit bestimmte öffentliche Auftragge-

1) Die Umfrage erstreckte sich auf die Jahre 1981/82.

2) Vgl. Lautmann, Justiz, S. 34 ff.

3) Z.B. Straßenbau oder U-Bahn-Bau.

4) Vgl. dazu auch Hanisch, Allg. Einkaufs- und Bestellbedingungen, S. 3 f.

ber (dafür, daß sie das Material zur Verfügung gestellt haben) zu kritisieren, sondern generell das Auftragswesen der öffentlichen Hand daraufhin zu durchleuchten, ob einseitige vertragsrechtliche und technische Bedingungen versucht werden durchzusetzen und wie sich dies auf die Besonderheiten des Bauvertrages auswirkt.

B. Analyse der Vertragsbedingungen

I. Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen

1. Einführung

Die Leistung, die der Bauunternehmer zu erbringen hat, wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. Da dieser nicht ein einziges Schriftstück ist, sondern aus verschiedenen Vertragsdokumenten besteht, legt die VOB/B fest, in welcher Reihenfolge die Vertragskomponenten für den Fall gelten sollen, daß Unklarheiten und Widersprüche zwischen den Vertragsparteien bestehen ¹⁾. Beim Bauvertrag kann dies deswegen häufig eintreten, weil nur ein Teil der Vertragsbestandteile von den Parteien (d.h. dem Auftraggeber) aufgestellt worden ist, der andere Teil durch Verweisung in den Vertrag einbezogen worden ist ²⁾, mit der Folge, daß - beabsichtigt oder unbeabsichtigt - in verschiedenen

1) § 1 Abs. 2 VOB/B.

2) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB; § 1 Rn 15; z.B. die vom Bundesminister für Verkehr eingeführten Zusätzlichen Vertragsbedingungen Straßenbau - ZVB-StB 80 - und die Zusätzlichen Technischen Vorschriften der Forschungsgesellschaft für das Straßenwesen; über die Unterschiede zwischen der VOB/B sowie den ZVB-StB und der französischen CCAG siehe Binneweis, Bauwirtschaft 1981, S. 1783 ff.

Vertragsbestandteilen unterschiedliche Regelungen hinsichtlich desselben Tatbestandes getroffen werden ¹⁾.

Die von den öffentlichen Auftraggebern verwendeten Vertragsbestandteile entsprechen denen des § 1 Abs. 2 VOB/B. Sie sind entweder in der dort festgelegten Reihenfolge aufgeführt - wobei teilweise zusätzlich darauf hingewiesen wird, daß sie auch in dieser Reihenfolge gelten sollten - oder, sofern nur auf Besondere und Zusätzliche Vertragsbedingungen verwiesen wird -, sind die einzelnen Vertragsbestandteile vollzählig aufgeführt. Soweit auf ergänzende Vertragsbestimmungen anderer Aufsteller verwiesen wird, erfolgt dies durch entsprechende Hinweise.

Der Aufbau der Zusätzlichen Vertragsbedingungen differiert beträchtlich. Eine Untersuchung der verschiedenen Vertragsregelungen muß von bestimmten Sachgruppen aus erfolgen. Bei näherer Betrachtung des Aufbaus Zusätzlicher Vertragsbedingungen zeigt sich, daß sich dieser an dem der VOB/B orientiert; dementsprechend geht die folgende Darstellung von einer VOB/B-gemäßen Reihenfolge aus ²⁾.

2. Vergütung

Die Regelung über die Vergütung nimmt in den ZVB einen breiten Raum ein, da sie für den wirtschaftlichen Erfolg von eminenter Bedeutung ist.

1) Vgl. Graf v. Westphalen, Bauvertrag, S. 50.

2) Vgl. auch die Sammlung von Vertragsklauseln, die in der Baupraxis verwendet werden, Allg. Geschäftsbedingungen in der Baupraxis, Heft 1/1982, Mitteilungsblatt der Arbeitsgemeinschaft für zeitgemäßes Bauen; ferner, Bunte, Bauverträge und AGB-Gesetz, Köln 1982, S. 14 ff.

a. Vergütungsumfang

Auf den Umfang der Leistung wird in den meisten Fällen nicht eingegangen, noch wird sie näher bestimmt. Auch eine Klausel wie die folgende:

Die Preise des Angebots beinhalten grundsätzlich auch die Kosten der zur vereinbarten Leistung gehörenden Nebenleistungen lt. VOB/C, Baustoffe, Bauhilfsstoffe und Lohnnebenkosten. Eine besondere Vergütung erfolgt in keinem Falle.

trägt nicht zur Klarstellung des Vergütungsumfanges bei. Sie verweist nämlich nur auf den in § 9 VOB/A und auf den jeweils unter Nr. 4 aufgeführten Abschnitt der Allgemeinen Technischen Vorschriften statuierten Grundsatz, daß Nebenleistungen durch den vereinbarten Preis abgegolten werden, sofern sie nicht in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich erwähnt werden ¹⁾. Von einer Ergänzung der VOB/B durch ZVB kann nicht gesprochen werden.

Einige Bauverwaltungen im Ruhrgebiet scheinen mit Nebenleistungen ihre besonderen Erfahrungen gemacht zu haben, zählen sie z.B. die nachstehenden Leistungen ²⁾ auf, die durch die vereinbarten Preise abgegolten werden sollen:

(1) Einrichten der Baustelle

-
- 1) Vgl. Festge, Aspekte der unvollständigen Leistungsbeschreibung, BauR 1974, S. 363; Mitteilungsblatt Arbeitsgemeinschaft für zeitgemäßes Bauen, Heft 50 (1979), S. 13 ff.
 - 2) Die Aufzählungen umfassen bis zu 25 Leistungen.

- (2) Beschaffen, Mieten, Anlegen und Unterhalten etwa notwendiger weiterer Arbeitsplätze, Lagerplätze etc. über die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten hinaus.
- (3) Feststellen des Zustandes der Straßen- und Geländeoberflächen nach § 3 Nr. 4 VOB/B.
- (4) Aufladen, Befördern, Abladen - erforderlichenfalls Stapeln und Zwischenlagern - des Aushubs aller Stoffe und Bauteile von den Aushub- bzw. Lagerstellen zu den Verwendungsstellen.
- (5) Nachweisen der Mengen der eingebauten Baustoffe für die ausgeführten Bauleistungen.
- (6) Herstellen, Unterhalten und Abbau der Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen nach den Unfallverhütungsvorschriften und den polizeilichen Vorschriften.
- (7) Erfüllen von Auflagen und Verpflichtungen gegenüber Dritten bei Benutzung öffentlicher Wege, Grundstücke und Auflagen für den Baubetrieb oder bei Veränderung von Anlagen zum Zwecke des Baubetriebes und Regelung aller Schäden, welche Dritten durch den Baubetrieb des Auftragnehmers entstanden sind.

Das Einrichten der Baustelle (1) erfordert bei größeren Baustellen gem. § 9 Nr. 8 Abs. 2 VOB/A besondere Ansätze im Leistungsverzeichnis. Dieser Verpflichtung kann sich der Auftraggeber nicht durch die Hereinnahme in den vertragsgemäßen Leistungsumfang entziehen. Die Regelung verstößt gegen § 9 Nr. 8 Abs. 2 VOB/A.

Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer die notwendigen Arbeitsplätze gem. § 4 Nr. 4 lit. a VOB/B zu überlassen (2). Sind darüber hinaus weitere Arbeitsplätze notwendig, so sind diese ebenfalls vom Bauherrn unentgeltlich zu überlassen. § 4 Nr. 4 VOB/B umfaßt alle notwendigen Arbeitsplätze, nicht nur solche, die der

Auftraggeber anfänglich zur Verfügung stellt. Soweit für die Erstellung oder Unterhaltung der Arbeitsplätze Leistungen des Auftragnehmers erforderlich sind, sind die entsprechenden Positionen im LV vorzusehen. Die Schaffung und Bereitstellung von Arbeitsplätzen und Zufahrten gestaltet sich bei jedem Bauvorhaben verschieden, so daß die Regelung in § 4 Nr. 4 VOB/B häufig ergänzungsbedürftig ist. Dementsprechend finden sich in BVB nähere Bestimmungen. Die ZVB sind aber nicht die richtige Stelle, um diese Fragen zu regeln; nicht die speziellen Verhältnisse des Auftraggebers sind hier ausschlaggebend, sondern jeweils die Lage der Baustelle. Die obige Klausel widerspricht § 4 Nr. 4 lit. a und steht in einem systemwidrigen Zusammenhang.

Das Zusammenwirken der Vertragsparteien zur Beweissicherung wird in § 3 Nr. 4 VOB/B behandelt. Die Regelung (3) ist überflüssig, denn sie wiederholt die VOB-Bestimmung nur mit anderen Worten. Die Beweissicherung stellt sich als eine vertragliche Nebenpflicht dar, die nur im Umfeld der Leistungserbringung anfallen kann ¹⁾.

Anlaß zu Auseinandersetzung kann durch die Bestimmung (4) gegeben sein, sofern hier über die Nebenleistungen hinausgehende Leistungen gemeint sind ²⁾. In einem solchen Falle handelt es sich um einen für die Preisbildung wesentlichen Umstand, der einen besonderen Hinweis im LV erfordert. Ansonsten, d.h. wenn hier nur Nebenleistungen lt. DIN 18300 gemeint sind, ist die Regelung überflüssig.

1) Als Nebenleistungen gelten gem. Ziff. 4.1.8 (DIN 18300 - Erdarbeiten) das Befördern der vom AG angelieferten Stoffe von den in der Leistungsbeschreibung angegebenen Übergabestellen zu den Verwendungsstellen; über die Abrechnung von Bauleistungen nach DIN 18300 BGH BauR 1975, S. 211; BGH BauR 1982, S. 170.

2) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 33 Rn 18 f.

Der Nachweis der Mengen der eingebauten Baustoffe (5) gehört zu den speziellen Abrechnungsvorschriften. Die allgemeine Bestimmung in § 14 VOB/B, daß die Leistung prüfbar abzurechnen ist und entsprechende Nachweise zu erbringen sind, wird in den ZTV jeweils in Abschnitt 5 genau erläutert. Die Klausel ist daher gegenstandslos. Sollen spezielle Mengennachweise geführt werden, so wäre dies in Zusätzlichen Vertragsbedingungen zu regeln.

Die Beachtung der gültigen gesetzlichen und behördlichen Vorschriften (6) gehört zu den Pflichten des Auftragnehmers, die sich schon aus dem Werkvertrag ergeben, ohne daß auf die Regelung des § 4 Nr. 2 VOB/B zurückgegriffen werden müßte ¹⁾. Hier handelt es sich um überflüssigen Vertragsballast.

Die Bestimmung (7) läßt unklar, welche Risiken und Pflichten der Auftragnehmer zu übernehmen hat. Hier werden pauschal alle möglichen Schäden dem Auftragnehmer aufgelastet, ohne daß nach Risikosphäre und Verschulden differenziert wird ²⁾. Die Klausel ist unwirksam, weil sie den Auftragnehmer unangemessen benachteiligt, §§ 9, 11 ABGB ³⁾.

Eine westfälische Bauverwaltung bestimmt den Leistungsumfang - außerhalb des LV - dergestalt:

Sofern in den Vorbemerkungen oder im LV nichts anderes gesagt ist, hat der AN statische Berechnungen, Bewehrungs- und Schaltungspläne Kosten zu fertigen und dem AG in dreifacher Ausfertigung zu übergeben.

1) VGH NJW 1971, S. 752; Nicklisch/Weick, VOB, § 4 Rn 42 ff.

2) Vgl. Graf v. Westphalen, WM 1983, S. 683 ff.

3) Siehe auch die Klausel bei Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 49 (Nr. 2.10 c).

Der Auftragnehmer kann sich nicht auf die Leistungsbeschreibung verlassen, um den Auftrag zu kalkulieren, sondern muß das gesamte Vertragswerk auf unvollständige Leistungsbeschreibungen hin untersuchen. Ein Verstoß gegen § 9 Nr. 1 VOB/A liegt vor, das Risiko des Unternehmers ist kaum noch kalkulierbar ¹⁾.

b. Festpreise

Die mengenmäßige Berechnung des Umfangs der Bauleistung erfolgt für die Ausschreibung mittels Überschlagsrechnungen aufgrund der vorliegenden Pläne und Zeichnungen. Beim Bauvertrag ist daher der Einheitspreisvertrag die Regel, bei dem sich die Vergütung nach vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet ²⁾. Obgleich die VOB/B in § 2 Nr. 2 von diesem Grundsatz ausgeht, finden sich häufig Klauseln wie:

Für die Leistung wird der Preis vergütet,
der sich nach den vertraglichen Einheits-
preisen und den tatsächlich ausgeführten
Leistungen ergibt (Einheitspreisvertrag),
soweit kein andere Berechnungsart vereinbart
ist

die, weil sie die VOB-Regelung wortwörtlich wiederholen, die ZVB unnötig aufblähen.

Für mehr Klarstellung sorgt die Bestimmung ³⁾:

-
- 1) Vgl. auch die Klauseln bei Graf v. Westphalen, Bauvertrag, S. 55; Schreiben des Deutschen Städtetages vom 15.6.1982, S. 1 f.: solche Klauseln verlagern in unangemessener Weise das Risiko und stehen weder mit der Rechtsprechung noch mit §§ 5 und 9 ABGB in Einklang.
 - 2) Andere Vergütungsberechnungsarten sind Pauschalpreis, Selbstkostenpreis oder nach Stundenlohnbasis.
 - 3) Vgl. Ziff. 2.2 der ZVBW.

Die vereinbarten Einheits- und Pauschalpreise sowie die Stundenverrechnungssätze sind Festpreise, soweit nicht in den BVB ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist.

Denn sie macht den Auftragnehmer darauf aufmerksam, daß er zu erwartende Kostensteigerungen in seiner Kalkulation berücksichtigen muß.

Diese Bestimmung begegnet aber aus einem anderen Grund schwerwiegenden Bedenken. Bei Bauverträgen vollzieht sich die Vertragserfüllung nicht in einem momentanen Austausch von Leistungen sondern über einen längerfristigen Zeitraum. Der Auftragnehmer soll für Umstände und Ereignisse kein ungewöhnliches Wagnis tragen, auf die er keinen Einfluß hat und deren Einwirkung auf Preise und Fristen er nicht im voraus schätzen kann ¹⁾. Demgemäß sieht § 15 VOB/A vor, daß der Auftraggeber eine Veränderung der Vergütung vornehmen kann. Die Änderung der Preise, auf die der Auftragnehmer als fest vorgegebene Kalkulationsfaktoren keinen Einfluß hat, kann schon bei mehrere Monate dauernden Ausführungszeiten für ihn ein erhebliches Risiko bedeuten. Werden die finanziellen Folgen von Preiserhöhungen pauschal dem Auftragnehmer aufgebürdet, so steht dies im Gegensatz zur Regelung des § 9 Nr. 2 VOB/A. Die Bauleistung kommt der öffentlichen Hand als Auftraggeber zugute; die Leistungserbringung beruht auf ihrer Willensentscheidung, so daß sie als Nutznießer auch die höheren Einstandspreise des Auftragnehmers zu zahlen hat. Durch zusätzliche Vertragsbedingungen werden so die finanziellen Auswirkungen von Preiserhöhungen einseitig dem Auftragnehmer aufgebürdet. Hier zeigt sich die einseitige Interessensverfolgung des Auftraggebers durch die Aufstellung zusätzlicher Vertragsbedingungen.

1) § 9 Nr. 2 VOB/A.

Eine Steigerung des Vergütungsrisikos liegt dann vor, wenn der Unternehmer nicht einmal auf die ausgehandelten Festpreise vertrauen kann ¹⁾:

Sind die Verhältnisse z.B. Grundwasserverhältnisse, Bodenarten, Wegeverbindungen bei der Ausführung einer Leistung günstiger als es nach der Leistungsbeschreibung oder der Sachlage zu erwarten war, und verringern sich dadurch die Kosten des Auftragnehmers wesentlich, so darf die DB eine Ermäßigung der vereinbarten Vergütung unter Berücksichtigung der Minderkosten verlangen.

Die nachträgliche Reduzierung einmal ausgehandelter Vertragsbedingungen verstößt gegen das Prinzip der gleichberechtigten Vertragspartner, zumal eine Regelung für den umgekehrten Fall nicht vorgesehen ist ²⁾. Dadurch wird auch in unzulässiger Weise in die Wettbewerbspreise als Grundlage des Vergabesystems eingegriffen.

1) Vgl. Ziffer Z 6 der Zusätzlichen Vertragsbedingungen der Deutschen Bundesbahn für die Ausführung von Bauleistungen (Z-VOB/B der DB); ebenfalls Seeling, ZSW 1982, S. 34.

2) Vgl. Seeling, ebd.

c. Vergütungsgleitklauseln

aa. Lohngleitklauseln

Um das Risiko des Aufnehmers bei bestimmten Bauverträgen ¹⁾ nicht übermäßig zu erhöhen, enthalten zahlreiche zusätzliche Vertragsbedingungen Bestimmungen über Lohn- und Stoffpreisgleitklauseln ²⁾. Die Erstattungen für Mehr- bzw. Minderaufwendungen werden meistens von bestimmten Auflagen abhängig gemacht und soweit die tariflichen Lohnänderungen nicht im voraus bekannt sind ³⁾. Nicht unter die Lohngleitklausel fallen:

- Löhne für Arbeitskräfte, die außerhalb der Baustelle beschäftigt sind;
- Lohn- und Gehaltsnebenkosten;
- Vergütungen, die aufgrund des Gesetzes über die Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen gezahlt werden;
- Vergütungen für bezahlte Urlaubstage, Krankheits-tage und andere Arbeitsunterbrechungen;
- vermeidbare Mehraufwendungen, d.h. solche, die dadurch entstehen, daß der Auftragnehmer Vertragsfristen überschritten oder die Bauausführung nicht angemessen gefördert hat.

1) Lohngleitklauseln werden grds. auf Bauverträge beschränkt, bei denen die Zeitspanne von dem für die Angebotsabgabe festgesetzten Zeitraum bis zur vereinbarten Lieferung bzw. Fertigstellungstermin mehr als 10 Monate beträgt.

2) Vgl. dazu die Richtlinien zu § 15 VOB/A, Vergabehandbuch des Bundes, MinBIFin. 1981, S. 216 und die Bekanntmachung über die Grundsätze zur Anwendung von Preisvorbehalten bei öffentlichen Aufträgen v. 4.5.1972 (MinBIFin. 1981, S. 344 f.).

3) Auffallend z.B. die widersprüchlichen Regelungen in den ZVB einer bayerischen Großstadt, nach denen Lohn- und Gehaltserhöhungen, die vor Angebotsabgabe bekannt sind, in die Einheitspreise einzurechnen sind, andererseits in denselben ZVB auf Tarifänderungen abgestellt wird, die nach Angebotsabgabe eintreten.

Diese Bestimmungen lassen das Risiko steigender Löhne zu einem guten Teil den Auftragnehmer mittragen, denn nur die tariflichen, nicht aber die effektiven Lohnänderungen finden Berücksichtigung. Gerade in Zeiten guter Konjunktur besteht ein nicht zu unterschätzender Unterschied zwischen beiden Löhnen. In die Berechnung der Lohnerhöhung gehen nur die Lohnänderungen auf der Baustelle, nicht jedoch außerhalb der Baustelle ein; eine Erhöhung der Lohnnebenkosten bleibt unberücksichtigt. Weiterhin benachteiligt die o.g. Klausel - Mehraufwendungen bei Überschreiten der Vertragsfristen - den Auftragnehmer dann unangemessen, wenn die Ursache der Verzögerung der Auftraggeber zu vertreten hat ¹⁾.

Die Absicht Lohnerhöhungen möglichst gering zu halten verdeutlicht die Bestimmung in den ZVB einer Gemeinde in Westfalen:

Mehrkosten können nur aufgrund von tariflichen Änderungen geltend gemacht werden, die nach Ablauf von 10 Monaten nach Angebotseröffnung eingetreten sind und soweit sie 0,5 v.H. der Abrechnungssumme überschreiten.

Der Auftragnehmer muß bei längerfristigen Baumaßnahmen damit rechnen, daß er die Lohnmehrkosten nur teilweise vom Auftraggeber erstattet bekommt. Einer ausgewogenen Risikoverteilung entspricht es nicht, wenn der Auftraggeber selbst bei solchen Baumaßnahmen die finanziellen Auswirkungen von Vergütungsänderungen nicht zu tragen gewillt ist ²⁾.

-
- 1) Z.B. Arbeitsunterlagen werden verspätet oder nur unvollständig zur Verfügung gestellt.
 - 2) Vgl. Brodbeck, Vertragsrechtliche Probleme bei langfristigen Baumaßnahmen in Festschrift zur Einweihung des Stachus Bauwerkes, München 1970, wonach bei dessen Errichtung Lohnmehrkosten in Höhe von 3,0 Mio. DM bei einer Abrechnungssumme von 85,0 Mio. DM anfielen, die nicht durch den Auftraggeber erstattet wurden.

Die Formulierung der Klausel ist zudem mehrdeutig, so daß nach einer Entscheidung des OLG Köln die Lohnmehrkosten in voller Höhe zu erstatten sind ¹⁾, wenn sie 0,5 v.H. der Abrechnungssumme übersteigen ²⁾.

bb. Stoffpreisgleitklauseln

Die Erstattung der Mehrkosten von Stoffpreisen ist ebenfalls an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die aber größtenteils noch enger sind als bei den Lohnmehrkosten ³⁾. Regelungen, nach denen:

- Stoffpreisänderungen nur auf wichtige Stoffe und Bauteile begrenzt werden;
- als Selbstbeteiligung des Auftragnehmers 10 v.H. der nachgewiesenen Stoffpreisänderungen angesetzt werden;
- der Zuschlag ist für die über 12 Monate vom Tage der Angebotsabgabe hinausgehende Zeit vergütet wird

bedeuten für den Auftragnehmer ein finanzielles Risiko, das er nicht kalkulieren kann und stehen in Widerspruch zu § 9 VOB/A, der das Risiko dem Unternehmer insoweit aufbürdet, als er die Umstände beeinflussen und deren Einwirkungen auf die Preise schätzen kann ⁴⁾.

1) Urteil v. 23.11.1978, Az 14 U 24/78.

2) Vgl. Baurechtsreport 5/80 sowie das Rundschreiben R 2 - 16/80 des Bay. Bauindustrieverbandes, München, v. 12.8.80; nicht bestätigt werden konnte bei Durchsicht der vorliegenden Vertragsbedingungen die bei Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 28, geäußerte Beobachtung, daß die wichtigen öffentlichen Auftraggeber diese Klausel klarstellend geändert hätten.

3) Vgl. BauR 1982, S. 172 (ZVStr 1963).

4) Siehe Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 9.42 (1).

d. Massenänderungen

Im Rahmen der Vergütungsregelungen gehören die Änderungen des Massenansatzes mit zu den am häufigsten anzutreffenden Bestimmungen ¹⁾. Dies hängt nicht mit der Regelungsbedürftigkeit zusammen, denn die VOB/B legt eindeutig fest, daß Mengenüber- und -unterschreitungen bis zu 10 v.H. keinen Anspruch auf Änderung der vertraglichen Einheitspreise begründen ²⁾. In der Praxis ist der Fall der Mengenänderung nicht selten, weil nur grobe Überschlagsberechnungen der Massenermittlung zugrunde liegen oder Änderungen in der Bauausführung vorgenommen werden ³⁾.

Die nachstehenden Bestimmungen ⁴⁾:

Änderungen des Mengenansatzes der einzelnen Positionen berechtigen nicht zur Änderung des Einheitspreises, sofern die Vorbemerkungen des Leistungsverzeichnisses nichts Gegenteiliges aussagen;

Leistungen, die zur Ausführung des Bauwerkes erforderlich werden, jedoch den Mengenansatz um mehr als 10 v.H. über- bzw. unterschreiten, sind ebenfalls zu den angebotenen Einheitspreisen auszuführen, ohne daß Mehrforderungen oder Schadensersatzansprüche geltend gemacht werden können;

-
- 1) Ausführlich Heiermann, BauR 1974, S. 73 ff., 226 ff.; Fahrenschon, BauR 1977, S. 172 ff.; Dähne, BauR 1974, S. 371; Walzel, BauR 1980, S. 227; sowie BGH BauR 1977, S. 138, BGH BauR 1974, S. 273.
 - 2) § 2 Nr. 3 Abs. 1-3 VOB/B.
 - 3) Die genauen Mengen lassen sich erst bei der Bauausführung ermitteln bzw. wird dies dem Auftragnehmer in der Abrechnung auferlegt.
 - 4) Vgl. dazu auch die Klauseln bei Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 29 (2.2 d) sowie Schreiben des Deutschen Städtetages v. 15.6.1982, S. 8 oben.

Wegen Massenmehrung oder -minderung gegenüber dem im Vertrag vorgesehenen Umfang kann im Falle des § 2 Nr. 3 VOB/B nur bei einer Mengenüber- oder -unterschreitung von mehr als 25 v.H. ein neuer Einheitspreis verlangt werden;

widersprechen der VOB/Regelung, die sich nur auf die Fälle bezieht, in denen Abweichungen weder auf eigenmächtige Überschreitung der vertraglichen Leistung durch den Auftragnehmer noch auf Anordnungen des Auftraggebers zurückzuführen sind, sondern darauf, daß bei der Planung die Realität nicht exakt im voraus erfaßt wurde ¹⁾.

Sinn von § 2 Nr. 3 VOB/B ist es, die Kosten zu berücksichtigen, die infolge der Massenänderungen aus der veränderten Umlage der Gemeinkosten der Baustelle ²⁾ sowie der Gemeinkosten des Betriebes, die jede Baustelle anteilig zu tragen hat ³⁾, entstehen ⁴⁾. Der Ausschluß der Regelung des § 2 Nr. 3 VOB/B läßt den Auftragnehmer das gesamte Risiko für Massenänderungen tragen, obwohl es dem Auftraggeber möglich wäre, die Massen einigermaßen exakt zu ermitteln, da er die Planung ausführt, die örtlichen Gegebenheiten kennt und mit dem Bauprojekt viel enger befaßt ist, wohingegen der Auftragnehmer längst nicht so wie der Auftraggeber mit den Verhältnissen des Bauprojektes vertraut ist.

-
- 1) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 2 Rn 30; nicht den vorliegenden Fall sondern § 2 Nr. 8 VOB/B betrifft die Klausel: Mehrmassen infolge unwirtschaftlicher Bauweisen oder Konstruktionen, soweit vom Auftragnehmer zu vertreten, werden nicht vergütet.
 - 2) Z.B. die Baustellenleitung, Tanklager, Sanitärinstallationen, Mannschaftsunterkünfte etc.
 - 3) Umlage der Verwaltungs-, Fuhrparks- und Werkstattskosten.
 - 4) Vgl. Jebe BauR 1973, S. 141 ff.

e. Vergütung bei geänderten oder zusätzlichen Leistungen

Änderungen bei vertraglichen Leistungen sowie Leistungen, die nicht im Vertrag vorgesehen waren, führen zu einer nachträglichen Vereinbarung über die Höhe der Vergütung. Ändern sich im ersten Fall aufgrund geänderter Massen und damit geänderter Gemeinkostenumlage die Einheitspreise, so sind diese im Falle zusätzlicher Leistungen von Grund auf neu zu kalkulieren. Daß die öffentlichen Auftraggeber bei den Nachtragsverhandlungen die Zügel fest in der Hand behalten ¹⁾ werden durch die ZVB eines Tiefbauamtes in Nordrhein-Westfalen unterstrichen:

Beansprucht der Auftragnehmer wegen wesentlicher Änderungen des Bauentwurfs, Vorfinden von Sprengkörpern und archäologischer Funde, wesentliche Verzögerung des Grunderwerbs eine erhöhte Vergütung, so muß die Forderung und Notwendigkeit anhand von Kalkulationsunterlagen dem Auftraggeber unverzüglich schriftlich angezeigt und nachgewiesen werden.

Die Verpflichtung, seine Kalkulation nicht nur für die neuen Preise ²⁾ sondern auch für die alten, vertraglich vereinbarten Leistungen offenzulegen, ergibt sich aus:

Der Auftragnehmer hat auf Verlangen des Auftraggebers eine Fertigung der dem Angebot zugrunde gelegten ausführlichen Kalkulation, die alle wesentlichen Aufgliederungen enthalten muß, in verschlossenem und versiegeltem Umschlag bei der zuständigen Baudienststelle zu hinterlegen. Der Auftraggeber ist zur Einsichtnahme der vom Auftragnehmer hinterlegten Kalkulation berechtigt.

1) So plastisch, Weick, Standardbedingungen, S. 144.

2) Zur Ermittlung neuer Preise infolge von Mehrleistungen bei anderen als den ausgeschriebenen Bodenklassen siehe BauR 1980, S. 368 ff.

Die Auftraggeber wollen damit verhindern, daß die Auftragnehmer finanzielle Vorteile aus den Nachtragsverträgen ziehen können, die die des Hauptvertrages übertreffen. Die Veränderung der Marktlage soll bei Nachtragsvereinbarungen nicht zu Lasten der Auftraggeber gehen ¹⁾.

Ferner versuchen die öffentlichen Auftraggeber ²⁾ ihre Rechtsposition dadurch zu verbessern, daß sie den Auftragnehmeranspruch von gewissen Voraussetzungen abhängig machen:

Der Anspruch wegen Änderung des Bauentwurfes oder anderer Anordnungen des Auftraggebers auf eine erhöhte Vertütung muß vor der Ausführung schriftlich angekündigt werden.

Die Preise für nicht im Vertrag vorgesehene Leistungen sind vor Beginn der Arbeiten schriftlich zu vereinbaren ³⁾.

Sieht die VOB/B eine Ankündigung nur im Falle nicht vorgesehener Leistungen ⁴⁾ vor, so wird diese Voraussetzung für die Geltendmachung des Vergütungsanspruches bei einer Änderung des Bauentwurfes übernommen. Die Empfehlung, den Preis möglichst

1) Vgl. dazu BauR 1982, S. 381 hinsichtlich der Vergütung von Nachtragsaufträgen (betr. Ziff. 11.1.5. BVStra).

2) Wie z.B. das Tiefbauamt einer Landeshauptstadt.

3) Zu finden ist auch die Bestimmung, daß der Auftraggeber die neuen Preise allein festsetzen kann, wenn der Auftragnehmer eine ihm vom Auftraggeber gesetzte Frist zur Berechnung des neuen Preises hat verstreichen lassen. Diese Bestimmung, die ein einheitliches Leistungsbestimmungsrecht eines Vertragspartners enthält, benachteiligt den anderen Vertragspartner unangemessen und verstößt gegen § 9 Abs. 2 AGBG.

4) § 2 Nr. 6 Abs. 2 VOB/B.

vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren ¹⁾, wird hier zwingend ausgestaltet. Diese Bestimmung kann für den Auftragnehmer von Vorteil sein, da er vor Ausführung der Leistung Gewißheit über den erzielten Preis hat; zu bedenken bleibt aber auch, daß dadurch die Ausführung der Bauleistung verzögert werden kann, Stillstandszeiten und Überschreitungen der Vertragsfristen eintreten können.

Zuweilen wird auch versucht, den Vergütungsanspruch des Auftragnehmers dadurch zu schmälern, daß vereinbart wird ²⁾:

Der Auftragnehmer hat die Einhaltung der Vorderansätze (Massen) ständig zu überprüfen. Zu erwartende größere Änderungen sind dem Auftraggeber mitzuteilen. Unterbleibt die rechtzeitige Mitteilung der Änderung, so hat der Auftragnehmer die ihm daraus entstehenden Nachteile selbst zu verantworten.

Dem Auftragnehmer wird die Pflicht auferlegt, die Planungsunterlagen mit den örtlichen Gegebenheiten genau zu prüfen ³⁾. Das Planungsrisiko für unrichtige Massenansätze ⁴⁾ wird dem Auftragnehmer zusammen mit möglichen Schadensersatzforderungen, die sich aus der Schlechterfüllung dieser Verpflichtung ergeben, aufgebürdet.

1) Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 2.122 stuft die Bestimmung in § 2 Nr. 6 Abs. 2 Satz 2 als dringende Empfehlung ein; nach Nicklisch/Weick, VOB, § 2 Rn 73, eine nicht unverbindliche Empfehlung.

2) Vgl. Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 34, Klausel 2.4 lit. f.

3) Vgl. auch das Schreiben des Deutschen Städtetages v. 15.6.1982, S. 19 oben.

4) Massenansätze sind die quantitätsmäßigen Spezifizierungen der einzelnen Positionen des LV, z.B. 5 Fundamente in der Größe ... aus Beton der Güte ... herstellen.

Ausgangspunkt für die in § 3 Nr. 3 VOB/B statuierte Prüfungspflicht des Auftragnehmers ist der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit des Auftraggebers für die Planung ¹⁾. Die Überprüfungspflicht des Auftragnehmers wird durch die Bezugnahme auf die ordnungsgemäße Vertragserfüllung inhaltlich eingeschränkt. Sinn der VOB/B-Regelung ist es, Unstimmigkeiten vor oder während der Baumaßnahme aufzuspüren, die zu einem Mangel der Leistung führen könnten ²⁾. Massenänderungen fallen nicht in diesen Bereich, denn sie stellen keinen Mangel der Leistung dar, sondern können nur zu einer anderen Vergütungsregelung führen. Entledigt sich der Auftraggeber auf diese Weise gänzlich seiner Verantwortung, wird der Auftragnehmer unangemessen benachteiligt, denn die vertragliche Mitwirkungspflicht, ordnungsgemäße Pläne auszuhändigen, reduziert sich auf die Übersendung unverbindlicher Vorschläge ³⁾. Eine solche Klausel läßt sich nicht mit § 9 ABGB vereinbaren.

f. Einschränkung der Vertragsleistung

Die Erstattung von Mehrkosten für Lohn- und Stoffpreise führt zu einer Erhöhung der Baukosten des speziellen Bauvorhabens. Die dafür notwendigen Geldmittel sind in dem entsprechenden Haushaltsansatz festgelegt; die Bereitstellung zusätzlicher Mittel kann zumeist nur durch einen Nachtragshaushalt erfolgen. Dabei sind

1) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 3 Rn 16; Ingenstau/Korbion, VOB/B, § 3 Rn 18; Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 9.22 ff.

2) Beispielsweise ist es dem Auftragnehmer möglich, die Vorleistung, auf die seine Arbeit aufbaut, mit seinen Ausführungsplänen zu vergleichen.

3) Vgl. Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 32, Klausel 2.3 lit. b; OLG München, Urteil v. 10.5.1979, Az 6 U 2633/79; LG Frankfurt, Urteil v. 6.2.1980, Az 2/6 O 502/79.

die einschlägigen haushaltsrechtlichen Vorschriften zu beachten ¹⁾, was mitunter zu einer längeren Verfahrensdauer führen kann. Bei den Beratungen muß sich zudem die betreffende Bauverwaltung möglicherweise vorhalten lassen, die Kosten des Projektes nicht vollständig erfaßt zu haben. Einer Überschreitung der ursprünglichen Vertragssumme will der öffentliche Auftraggeber ²⁾ durch die nachstehende Klausel ³⁾ vorbeugen:

Der Bauherr hat das Recht, die Vertragsleistung einzuschränken oder zu ändern, um eine Überschreitung der Vertragssumme zu vermeiden. Der Auftragnehmer kann aus diesem Anlaß keine Erhöhung der Vergütung nach § 2 Nr. 3, 4, 5 VOB/B verlangen.

Eine andere Formulierung lautet:

Der Auftraggeber behält sich das Recht vor, den Auftragsumfang jederzeit zu verändern bzw. Teile, Lose, Abschnitte, Positionen zu streichen oder anderweitig zu vergeben, ohne daß dem Auftragnehmer ein Recht zu Nach- und Mehrforderungen oder entgangenem Gewinn gegeben wird.

Solche Klauseln verstoßen gegen die VOB/B. Die Erhöhung der Gestehungskosten fällt in den Risikobereich des Auftraggebers.

1) Vgl. z.B. für den Freistaat Bayern Art. 68 BayGO, Art. 62 LkrO, Art. 60 BezO, § 34 KommHV.

2) Wie z.B. eine Großstadt im östlichen Ruhrgebiet.

3) Eine Beschränkung des Auftragsvolumen läßt sich auch nicht durch Teilkündigungen seitens des Auftraggebers unter Verzicht des Anspruchs auf Vergütung für entgangenen Gewinn erreichen, siehe dazu Schreiben des Deutschen Städtetages v. 15.6.1982, S. 8; ebenfalls Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 45, Klausel 4 lit. k, lit. 1.

Der Auftragnehmer hat den Vertrag unter Zugrundelegung der ausgeschriebenen Leistungen kalkuliert. Wesentliche Massenänderungen oder der Wegfall einzelner Positionen beeinflussen die Kalkulationsgrundlagen in einem solchen Maße, daß das Kostenrisiko unkalkulierbar wird ¹⁾.

Die Rechtsprechung ²⁾ hat wiederholt entschieden, daß Klauseln unzulässig sind, in denen sich der Verwender eine Kürzung des vertraglichen Leistungsumfanges vorbehält. Dies folgt aus den Bestimmungen des § 10 Nr. 3 und Nr. 4 AGBG sowie aus § 9 AGBG ³⁾. Im übrigen kann der Auftraggeber dem Auftragnehmer die vertraglich auszuführende Leistung nur durch Kündigung gem. § 8 VOB/B entziehen ⁴⁾.

g. Zusammenfassung

Diese Auswahl der den Leistungsumfang und die Vergütung betreffenden Bestimmungen zeigen das Bestreben der öffentlichen Bauverwaltungen, den Umfang der vereinbarten Leistung möglichst umfassend auszugestalten, dabei den finanziellen Spielraum des

-
- 1) Vgl. auch Weick, Standardbedingungen, S. 145; Kritik des Bundesrechnungshofes in seinen Bemerkungen zur Bundeshaushaltsordnung 1970, BT-Drucksache 7/8 (7. Wahlperiode) zu Nr. 93. Die Sozialversicherungsanstalten haben in ihren Bauverträgen die gleiche Klausel angewandt, dazu stellt der BRH fest, daß die vermeintlich dem Auftraggeber nützliche Klausel in Wirklichkeit zu höheren Kosten führt, weil dem Auftragnehmer größere Risiken als üblich aufgebürdet werden.
 - 2) OLG Nürnberg, Urteil v. 29.1.1980, Az 3 U 84/79; LG Frankfurt, Urteil v. 8.11.1978, Az 216 O 213/78; vgl. Rundschreiben des Deutschen Städtetages v. 15.6.1982, S. 8.
 - 3) Vgl. Heiermann/Linke, AGB im Bauwesen, S. 114 ff.; Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 29. Klausel 2.2 lit. e; Ingenstau-Korbion, VOB/B, § 2 Rn 68 f.
 - 4) Nicklisch/Weick, VOB, § 2 Rn 57.

Auftragnehmers möglichst einzuschränken. Dies geschieht zumeist unter Abänderung bzw. einseitiger ergänzender Auslegung der VOB-Bestimmungen und verstößt häufig wegen der unangemessenen Risikoausschüttung für den Auftragnehmer gegen das AGB-Gesetz.

3. Ausführungsunterlagen und Ausführung

a. Prüfungspflicht

Die ordnungsgemäße Erstellung des Bauobjekts hängt hauptsächlich von zwei Faktoren ab: der Mangelfreiheit der Planung und der Ausführung. Liegt die Ausführung naturgemäß in den Händen des Auftragnehmers, so ist die Planung Auftraggebersache. Die Planung ist die zeichnerische Darstellung der Wünsche und Vorstellungen des Bauherrn hinsichtlich des herzustellenden Werkes. Die VOB/B geht in den Bestimmungen der §§ 3 und 4 von der Trennung nach Aufgabenbereichen aus ¹⁾.

Diese Rollenverteilung und Aufgabenzuweisung wird durch die folgenden Klauseln ²⁾ einiger Tiefbau- bzw. Kanalbauämter ³⁾ verändert:

-
- 1) Erst im Jahre 1973 wurde bei der Neufassung der VOB die Bestimmung des § 9 Nr. 10 - 12 VOB/A aufgenommen, auch den Entwurf für die Leistung dem Wettbewerb zu unterstellen, um die zeichnerisch, wirtschaftlich und gestalterisch beste sowie funktionsgerechte Lösung der Bauaufgabe zu ermitteln.
 - 2) Vgl. Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 32 ff.
 - 3) Wie z.B. einer rheinischen Großstadt und einer Stadt in Oberbayern.

- Sofern für die Durchführung der Arbeiten noch besondere Ausführungszeichnungen oder Detailzeichnungen erforderlich sind, hat sie der Auftragnehmer ohne besondere Vergütung anzufertigen und dem Bauherrn in zweifacher Ausfertigung vorzulegen.
- Die im Leistungsbeschrieb aufgeführten Massen und Pläne sind vom Unternehmer vor Ausführung des Bauteiles anhand der vorhandenen Unterlagen zu prüfen. Eine gesonderte Vergütung erfolgt nicht.
- Der Bieter garantiert, daß das Angebot leistungsmäßig und sachlich vollständig ist. Erforderlichenfalls ist das Leistungsverzeichnis durch besondere Positionen zu ergänzen.

Die öffentlichen Auftraggeber wälzen hier das Risiko für Planungsfehler, die in ihrem Bereich liegen, auf den Auftragnehmer ab ¹⁾. Wie praxisfremd diese Regelung ist, zeigt sich daran, daß es dem Auftragnehmer bei der Kalkulation unmöglich ist, die Ausschreibung auf Vollständigkeit zu überprüfen ²⁾. Die Submissionsfristen ³⁾ sind in der Regl so kurz bemessen, daß eine solche Arbeit in der zur Verfügung stehenden Zeitspanne nicht zu bewerkstelligen ist. Auch aus volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten ist die Prüfung unvertretbar. Jeder Anbieter hat langwierige Überschlagsrechnungen anzustellen; die Arbeit, die der Auftraggeber auszuführen hätte, wird mit dem Faktor der Anzahl der Anbieter vervielfacht, ohne daß dies mit einem volkswirtschaftlichen Nutzen verbunden wäre ⁴⁾. Zu berücksichtigen ist dabei noch der Um-

1) Vgl. auch Graf v. Westphalen, Bauvertrag, S. 57.

2) Siehe Schreiben des Deutschen Städtetages v. 15.6.82, S. 11 f.

3) Darunter versteht man die Frist innerhalb der der Unternehmer seine Kalkulation auszuführen und das mit den Preisen versehene LV der ausschreibenden Bauverwaltung zu überreichen hat.

4) Vgl. auch Pöggeler, ZTV in der Kritik, S. 15.

stand, daß nur ein kleiner Teil der Angebote überhaupt den Zuschlag erhält ¹⁾.

Dem Auftragnehmer wird durch vorstehende Klauseln eine Leistung übertragen, zu der er teilweise nicht die notwendigen qualifizierten Voraussetzungen mitbringt. Gleichzeitig werden Ansprüche aus Verschulden des Auftraggebers ausgeschlossen. Solche Bestimmungen widersprechen nicht nur dem in der VOB statuierten Regelungsgedanken, sie dehnen auch den Risikobereich des Auftragnehmers über den üblichen Rahmen hinaus aus, ohne daß dabei die Verpflichtung des Auftragnehmers klar begrenzt wird ²⁾. Eine derartige unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers stellt einen Verstoß gegen §§ 9, 10 Nr. 5 AGBG dar.

b. Beweissicherung

Die Feststellung des Zustandes der örtlichen Gegebenheiten und Rahmenbedingungen wird als Beweissicherung bezeichnet. Die in der VOB festgelegte Verpflichtung zur Zusammenarbeit beider Vertragspartner ³⁾ erfährt in den ZVB einer Stadt in Bayern die folgende Veränderung:

Gebäude und andere Bauanlagen jeder Art, die durch die Bauarbeiten berührt oder gefährdet werden können, müssen vom Auftragnehmer vor Baubeginn auf ihre Sicherheit und Beschaffenheit untersucht werden.

-
- 1) Nach Auskunft des Bayerischen Bauindustrieverbandes e.V., München, führen nur ca. 3 v.H. der von einem Bauunternehmer abgegebenen Angebote zu einem Vertragschluß.
 - 2) Vgl. Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 32, Klausel 2.3 lit. c, lit. f.
 - 3) Vgl. ausführlich Nicklisch/Weick, VOB, § 3 Rn 18; Ingenstau-Korbion, VOB/B, § 3 Rn 11 ff.

Die Beweissicherung ist insbesondere bei Tiefbauarbeiten besonders umfangreich. Die Verhinderung von Schäden hat hier nicht erst bei der Ausführung der Arbeiten sondern schon im Planungsstadium anzusetzen. Die Wahl der Trasse sowie die Art der Bauweise ¹⁾ und des Verbaus ²⁾ haben großen Einfluß auf mögliche Beschädigungen der vorhandenen Bebauung bzw. der Straßen. Da diese Arbeiten im Kompetenzbereich des Auftraggebers liegen und dieser, um den Auftragnehmer später für Schäden leichter verantwortlich machen zu können, ein Interesse an der Feststellung des Zustandes hat ³⁾, geht die VOB/B von einer Mitwirkungspflicht des Auftraggebers bei der Beweissicherung aus ⁴⁾. Viel zu weit geht demnach die hier festgelegte Verpflichtung des Auftragnehmers, die Gebäude auf ihre Sicherheit zu untersuchen. Umfangreiche Voruntersuchungen wären dafür notwendig; statische Berechnungen über die Standfestigkeit und Verformungsfestigkeit müßten dafür ausgeführt werden ⁵⁾. Die Vertragsverpflichtung wird für den Auftragnehmer unüberschaubar und damit unkalkulierbar. Diese Bestimmung widerspricht der Regelung in § 9 VOB/A; sie verstößt gegen § 9 AGBG, denn sie bürdet dem Auftragnehmer jegliche Risiken für die Gebäude und baulichen Anlagen auf, die im Einflußbereich der Baumaßnahme liegen.

-
- 1) Z.B. beim U-Bahn-Bau geschlossene (Tunnel-) oder offene (Graben-) Bauweise.
 - 2) Bei der offenen Bauweise z.B. Berliner Verbau, Schlitzwandverbau oder Verbau durch Bohrpfähle; entscheidend für die Wahl der Verbauart sind die geologischen Verhältnisse sowie die Höhe der zu tolerierenden seitlichen Verschiebungen der Baugrube.
 - 3) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 3 Rn 18.
 - 4) Zur Mitwirkungspflicht des Auftraggebers bei der Beweissicherung ausführlich Soergel in MünchnKomm, § 642 Rn 11 ff.; Nicklisch/Weick, VOB, § 3 Rn 14, 18, § 4 Rn 8 ff.
 - 5) Z.B. müßten die Fundamente freigelegt werden, um aufgrund der so ermittelten Größe Berechnungen über die Standfestigkeit ausführen zu können.

c. Überwachungsrecht des Auftraggebers

Dem Auftraggeber untersteht die Überwachung des Geschehens auf der Baustelle ¹⁾; dazu zählt die Koordination ²⁾ der Arbeiten der verschiedenen Unternehmer und die Bauaufsicht über die vertragsgemäße Ausführung der Leistungen. Aus diesem Grunde wird der Auftragnehmer in den ZVB verpflichtet, Bautagesberichte zu führen und dem Auftraggeber täglich zu übergeben ³⁾.

Des weiteren verlangt z.B. die Bauverwaltung ⁴⁾:

Der Auftragnehmer hat dafür zu sorgen, daß ihn oder seinen Vertreter Nachrichten jederzeit erreichen können.

Das Erfordernis, jederzeit erreichbar zu sein, bedeutet, daß der Auftragnehmer einen ständigen Tag und Nacht zur Verfügung stehenden Notdienst unterhalten muß. Eine Notbereitschaft erfordert hohe Kosten, die weder durch die Gemeinkosten gedeckt, noch in der Regel wegen der Art der Bauarbeiten erforderlich ist. Die Erreichbarkeit des Auftragnehmers sollte deshalb nur für die Zeit des Baustellenbetriebes gefordert werden bzw. als Zusatzposition ausgeschrieben werden. Im übrigen wäre eine solche Regelung in den BVB zu treffen, da sie nicht die allgemein gegebenen Verhältnisse eines Auftraggebers betrifft ⁵⁾.

-
- 1) Zur Frage der Verkehrssicherungspflicht der öffentlichen Auftraggeber siehe Ingenstau-Korbion, VOB/B, § 10 Rn 261.
 - 2) Dazu Nicklisch/Weick, VOB, § 4 Rn 14 ff.; Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 4.8 ff.
 - 3) Darin sind Angaben über die Wetterverhältnisse, Temperatur, Zahl, Art und Stundenaufwand des eingesetzten Personals und der Großgeräte, Stoffanlieferungen und Baufortschritt bzw. Behinderungen bei wesentlichen Bauteilen zu machen.
 - 4) Vgl. ZVBW Nr. 4.1.1.
 - 5) § 10 Nr. 2 Abs. 1 und 2 VOB/A.

Die Rechte des Auftragnehmers werden ebenfalls durch die Klausel¹⁾ beschnitten:

Der Auftraggeber kann, sofern ein ersprießliches Zusammenarbeiten mit dem Vertreter oder sonstigen Arbeitnehmern des Auftragnehmers nicht möglich ist, deren Ablösung verlangen.

Abgesehen von der unscharfen Definition einer "ersprießlichen Zusammenarbeit" verschafft sich der Auftraggeber hiermit die Möglichkeit, auf die Personalentscheidungen des Auftragnehmers Einfluß zu nehmen. Dem Auftraggeber wird das Recht eingeräumt, ihm nicht genehme Arbeitnehmer des Vertragspartners gegen andere auszutauschen. Eine derartige Bestimmung beschneidet den Auftragnehmer in seinem Recht aus § 4 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B, die Leistung in eigener Verantwortung nach dem Vertrage auszuführen. Sie ist ferner unangemessen, da sie dem Auftraggeber ein einseitiges Bestimmungsrecht gibt und jegliche Abmahnungs- und Anhörungspflichten ausschließt²⁾. Die Klausel verstößt wegen ihrer Unangemessenheit gegen § 9 AGBG.

d. Verhältnis des Auftragnehmers zu Dritten

Jede Baumaßnahme erfordert die Zusammenarbeit der verschiedensten Unternehmer. Dem Auftraggeber muß es deshalb möglich sein, für eine reibungslose Zusammenarbeit zu sorgen. Die nachfolgende Klausel einer Stadt in Nordrhein-Westfalen erweist sich dafür als untauglich:

1) Vgl. ZVBW Nr. 4.1.2.

2) Vgl. Auch Seeling, ZSW 1982, S. 34 (35), wo zu Recht darauf hingewiesen wird, daß dies voraussetzen würde, daß die Bauaufsicht der Auftraggeberseite mit Spitzenkräften besetzt sein muß, weil in der Praxis oft kleine Konflikte aufgrund menschlicher Unzulänglichkeiten auf beiden Seiten oder durch unterschiedliche Temperamente entstehen.

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, auf Anforderung der Bauleitung des Auftraggebers mit Dritten auf der Baustelle eingesetzten Firmen gegen eine mit diesen Firmen zu vereinbarende Vergütung zusammenzuarbeiten.

Der tragende Grundsatz des Zivilrechts ist der der Privatautonomie, daß es nämlich dem einzelnen freisteht, ob und gegebenenfalls mit wem und zu welchen Konditionen er sich vertraglich binden will ¹⁾ Dieses Rechts gibt sich der Auftragnehmer verlustig, wenn er sich im voraus verpflichten würde, mit jedem Vertragspartner des Auftraggebers in vertragliche Beziehungen zu treten. Eine derartige Verpflichtung sieht die VOB nicht vor, sie steht darüber hinaus nicht mit § 9 AGBG in Einklang, weil die unternehmerische Entscheidungsfreiheit unangemessen eingeschränkt wird.

Bei den folgenden Klauseln aus den ZVB einer süddeutschen Großstadt:

Die Arbeiten sind so aufeinander abzustimmen, daß nach Möglichkeit keine gegenseitigen Behinderungen entstehen. Eventuelle Erschwerungen werden nicht gesondert vergütet und sind in die entsprechenden Einheitspreise einzurechnen. Dasselbe gilt für Erschwerungen durch gleichzeitige andere Baumaßnahmen, wie Kanalarbeiten usw.

Der Auftragnehmer hat sich vor Angebotsabgabe darüber zu unterrichten, ob und inwieweit andere Baumaßnahmen gleichzeitig abgewickelt werden.

entzieht sich der Auftraggeber seiner Pflicht der Koordination der einzelnen Baumaßnahmen der verschiedenen Unternehmer ²⁾. Das

-
- 1) Vgl. zum Grundsatz der Partnerwahlfreiheit Schmidt-Salzer, Tätigwerden, WiR 1/1972, S. 103 (110).
2) Zur Koordinierungspflicht ausführlich Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 4.10 ff.

Verlangen zur Abstimmung und zur Unterrichtung bedeutet, daß dem Auftragnehmer unkalkulierbare Risiken übertragen werden. Er hat mit anderen Auftragnehmern die Ausführung der Arbeiten abzustimmen, ohne daß Vertragsbeziehungen zwischen den Parteien bestehen. Allein er trägt das Risiko, daß der andere Bauunternehmer sich an diese Abrede nicht hält und durch gleichzeitige andere Baumaßnahmen Erschwerungen, Behinderungen oder sogar Stillstand eintritt mit allen finanziellen Folgen. Die Information über andere gleichzeitige Baumaßnahmen und deren Koordination obliegt dem Auftraggeber. Dadurch verursachte Verzögerungen bei der Ausführung der Leistung und mögliche Mehraufwendungen gehen zu Lasten des Auftraggebers. Wegen der mit dieser Klausel auf den Auftragnehmer abgewälzten Risiken steht sie mit § 9 AGBG nicht in Einklang.

e. Nachunternehmer

Anders als das BGB geht die VOB von der persönlichen Leistungsverpflichtung des Auftragnehmers aus ¹⁾. § 4 Nr. 8 VOB/B läßt allerdings eine Ausnahme von diesem Grundsatz zu, sofern die schriftliche Zustimmung des Auftraggebers vorliegt. Diese ist nicht erforderlich, wenn der Betrieb des Auftragnehmers nicht für die Leistung eingerichtet ist ²⁾.

Eine Einschränkung der VOB-Regelung findet sich in den ZVB einer Großstadt im Saarland:

1) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 4 Rn 117; ausführlich zu Klauseln in Subunternehmerverträgen Graf von Westphalen, Bauvertrag, S. 54 ff.

2) § 4 Nr. 8 Abs. 1 Satz 3 VOB/B.

Zur Übertragung von Bauleistungen auf andere Unternehmer (Nachunternehmer) hat der Auftragnehmer stets die vorherige Zustimmung des Auftraggebers einzuholen.

Teilweise wird der Auftragnehmer auch verpflichtet, schon bei Angebotsabgabe den beabsichtigten Einsatz von Nachunternehmern anzuzeigen. Eine solche Regelung geht über die VOB-Bestimmungen hinaus, denn bei Angebotsabgabe steht oft noch gar nicht fest, welche Nachunternehmer welche Leistung erbringen werden. In der kurzen Zeit bis zur Angebotsabgabe ist es schwierig, die Preise der in Frage kommenden Nachunternehmer einzuholen ¹⁾.

Gelegentlich wird diese Bestimmung noch verschärft durch den Zusatz ²⁾:

Kommt der Auftragnehmer dieser Verpflichtung nicht nach, so darf der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten und Ersatz des entstehenden Schadens verlangen.

Rücktrittsrecht und Schadensersatzanspruch sind einschneidende Vertragsbedingungen, die in der Regel nur bei Verletzung bestimmter, für den Auftraggeber wichtiger Interessen ihre Berechtigung haben. Mag die Regelung bei speziellen Bauarbeiten sinnvoll und angebracht sein, so ist die pauschale Androhung doch als Ausdruck einseitiger Vertragsregelung bedenklich.

In den ZVB anderer Bauverwaltungen ³⁾ wird auf solche Anforderungen verzichtet:

1) Vgl. Pöggeler, 4. Bautechnische Tagung, S. 18.

2) Wie z.B. in den ZVB eines Tiefbauamtes in Niedersachsen.

3) Vgl. dazu auch die Klauseln bei Seeling, ZSW 1982, S. 34 (35).

Der Auftragnehmer darf Leistungen nur an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Nachunternehmer übertragen.

Die Bezugnahme auf solche Kriterien vermag den Interessen beider Vertragspartner am ehesten gerecht zu werden und stellt eine sinnvolle Lösung dar.

f. Schutzvorschriften für den Nachunternehmer

Der Schutz des Nachunternehmers vor Übervorteilung durch den Auftragnehmer ist den öffentlichen Auftraggebern ein wichtiges Anliegen. Dem Nachunternehmer sollen keine ungünstigeren Bedingungen durch den Auftragnehmer auferlegt werden, als diesem durch den Auftraggeber. Teilweise besteht für den Auftragnehmer nicht nur die Verpflichtung, dies dem Auftraggeber nachzuweisen, sondern sogar eine Offenlegungspflicht gegenüber dem Nachunternehmer.

Vereinzelt will die Bauverwaltung dafür Sorge tragen, daß bei der Vergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer nach markt- und wettbewerbsrechtlichen Regeln verfahren wird. Sie legt fest, daß bei der Einholung von Angeboten der Nachunternehmer die VOB/A anzuwenden ist. Mit der Realität in der Baupraxis steht diese Regelung nicht in Einklang ¹⁾. Zwar wird bei besonders großen Bauaufträgen eine förmliche Ausschreibung anzutreffen sein, doch welche Ausschreibung räumt dem Auftragnehmer bzw. dem Bewerber schon den zeitlichen Vorlauf ein, um ein derartiges Verfahren zu bewerkstelligen. Üblich sind beispielsweise auch Jahresverträge, in denen sich Nachunternehmer im voraus und ohne Bezug auf eine spezielle Baumaßnahme verpflichten, bestimmte anfallende Baulei-

1) Vgl. Seeling, ZSW 1982, S. 34 (35).

stungen für den Auftragnehmer zu vereinbarten Preisen zu übernehmen; häufig bestehen langjährige Geschäftsbeziehungen zwischen dem Auftragnehmer und dem Nachunternehmer, wodurch eine Vereinbarung nur von Fall zu Fall notwendig wird.

In das unternehmerische Handeln des Auftragnehmers wird durch die Bestimmung in den ZVB einer süddeutschen Millionenstadt eingegriffen:

Der Auftragnehmer wird sich bemühen, Unter- (Zuliefer-) aufträge an kleine und mittlere Unternehmen in dem Umfang zu vergeben, wie er es mit der vertragsgemäßen Ausführung der Leistung vereinbaren kann. Die Bestimmungen des § 4 Nr. 8 VOB/B bleiben unberührt. Das Bemühen ist dem Auftraggeber auf Verlangen nachzuweisen.

Der Auftragnehmer wird hier für die Verfolgung eines eindeutig wirtschaftspolitischen Zieles - nämlich des der Mittelstandsförderung - verpflichtet. Das Interesse des Staates an der Mittelstandsförderung wird auf den privaten Unternehmer übertragen, ohne daß seine Interessen dabei Berücksichtigung finden. Dem Auftragnehmer muß es dabei freigestellt bleiben, seine Vertragspartner nach seinem Belieben auszuwählen. Die Faktoren, die für den Abschluß des Vertrages mit dem Nachunternehmer entscheidend sind, müssen der Privatautonomie des Auftragnehmers vorbehalten bleiben ¹⁾.

1) Demgegenüber dürfte nach Pietzcker, Rechtsbindungen, S. 95 Fn 117 eine derartige Verpflichtung des Auftragnehmers zulässig sein; a.A. Kirchhof, Verwaltungen, S. 345 f.

Widersprüche können sich schließlich durch Anwendung der Ausschreibungsregeln der VOB/A ergeben, da die Kriterien, nach denen die Auftragsvergabe erfolgen soll, nicht deckungsgleich sind ¹⁾. Unklar ist in einem solchen Falle auch, welcher primär staatlichen Aufgabe der Unternehmer den höheren Stellenwert zuerkennen soll. Eine Bestimmung, durch die ein Vertragspartner den anderen für seine Interessen einspannt, ist der VOB fremd ¹⁾.

g. Sicherungspflichten und Schutzmaßnahmen

Bei der Durchführung von Baumaßnahmen kommt es zumeist zu einer Beeinträchtigung des Straßenverkehrs. Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen enthalten deshalb Bestimmungen über die Verkehrssicherung wie:

Während der vertraglich vorgesehenen Bauzeit wird, soweit möglich, der Durchgangsverkehr und der unmittelbare Anliegerverkehr in den Gemeindestraßen umgeleitet. Für die Umleitungen hat der Auftragnehmer im Einvernehmen mit den zuständigen Stellen ohne besondere Vergütung zu sorgen. Die Kosten der Verkehrssicherung sind in die Einheitspreise einzurechnen oder werden nach entsprechenden Positionen des LV vergütet.

-
- 1) Vgl. § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A, der die Kriterien für die notwendige Sicherheit für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen aufzählt; ferner Menzel, DB 1981, S. 303 ff.
 - 2) Vgl. Seeling, ZSW 1982, S. 34 (36).

Eine solche Klausel ist unklar, denn sie läßt nicht erkennen, welche Leistungen vom Auftragnehmer im Rahmen des Bauvertrages auszuführen sind. Zwischen Verkehrssicherung und Verkehrslenkung wird nicht unterschieden. Außerdem wird nicht danach differenziert, ob diese Maßnahmen für den Bereich innerhalb oder außerhalb der Baustelle gelten sollen.

Dieser Umstand wird auch nicht in den Klauseln einer Großstadt im Ruhrgebiet berücksichtigt:

Der Auftragnehmer hat alle für die Verkehrssicherung und -regelung im Bereich der Baustelle und ihrer Nebenanlagen erforderlichen Maßnahmen unter seiner Verantwortung und unter Beachtung der Auflagen des Ordnungsamtes auszuführen. Anweisungen hat er dabei zu beachten.

Wenn Umleitungen des Verkehrs erforderlich werden, führt der Auftragnehmer die dafür erforderlichen Maßnahmen unter seiner Verantwortung durch, sofern in den Vertragsunterlagen nichts anderes vorgesehen ist.

Solche pauschalen Leistungsverpflichtungen verstoßen gegen § 9 VOB/A. Der öffentliche Auftraggeber versucht so, sich der gesetzlichen und finanziellen Folgen, die aus der Verkehrssicherung und -lenkung resultieren, zu entziehen. Eine derartige Verpflichtung weitet auf unzumutbare Weise das Risiko des Auftragnehmers aus und widerspricht deshalb § 9 AGBC ¹⁾. Zudem ergeben sich Widersprüche zu den Allgemeinen Technischen Vorschriften und dem dort festgelegten Leistungsumfang; diese Unklarheiten gehen im

1) Vgl. auch Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 31, Klausel 2.2 lit. i.

Zweifel zu Lasten des Verwenders (§ 5 AGBG) ¹⁾.

Soweit bestimmt ist, wie in den ZVB für Kanalarbeiten einer Stadt im Rheinland, daß:

Der Auftragnehmer hat die für die Verkehrssicherheit erforderlichen Maßnahmen nicht nur während der Bauarbeiten, sondern auch bei Arbeitsunterbrechung und Stillstand ohne besondere Vergütung vorzunehmen und zu unterhalten;

liegt hierin ein Verstoß gegen § 6 Nr. 6 VOB/B ²⁾. Sind die Arbeitsunterbrechungen und der Stillstand vom Auftraggeber zu vertreten, bewirkt der Ausschluß des Vergütungs- bzw. des Schadensersatzanspruches eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers wegen der verschuldensunabhängigen Haftungsfreizeichnung, insbesondere bei Ereignissen in der Sphäre des Auftraggebers ³⁾.

Ein Verstoß gegen das AGB-Gesetz enthält ferner die folgende Klausel:

Ohne Veränderung der vertraglichen Pflichten und der Haftung des Auftragnehmers kann der Auftraggeber bei einer nach den Vorschriften

-
- 1) Das Aufstellen z.B. Leitplanken (DIN 18300 Nr. 4.3.2), wie auch von Einrichtungen außerhalb der Baustelle zur Regelung des Verkehrs (DIN 18300 Nr. 4.3.3) sowie das Aufstellen, Vorhalten etc. von Verkehrssignalen (DIN 18300 Nr. 4.3.4) sind Leistungen, die besonders vergütet werden müssen, also keine Nebenleistungen, die zur vertraglichen Leistung gehören; im LV sind dafür besondere Positionen vorzusehen.
 - 2) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 6 Rn 40 ff.
 - 3) Vgl. Urteil des Landgerichts Frankfurt v. 6.7.1982, Az 2/13 O 13/82.

ungenügender Verkehrssicherung und bei mangelhaftem Unterhalt der Verkehrsflächen die erforderlichen Maßnahmen auf Kosten des Auftragnehmers durchführen lassen.

Die öffentliche Hand wird hierdurch von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Nachfrist zu setzen. Gemäß § 11 Nr. 4 AGBG ist eine solche Bestimmung unwirksam.

In den Bereich der Sicherungspflichten gehören auch die Arbeiten, die notwendig sind, um Anlagen anderer Versorgungsunternehmen ¹⁾, der Deutschen Bundesbahn oder anderer Schienenbahnen zu sichern, die bei der Bauausführung berührt oder freigelegt werden. Durch folgende Klausel soll dem Rechnung getragen werden:

Berühren die Arbeiten Anlagen der Deutschen Bundesbahn, so hat der Auftragnehmer deren Vorschriften und Anordnungen zu beachten. Insbesondere hat er alle Maßnahmen, die zur Sicherung des Bahnbetriebes und zur Sicherung der Arbeiter gegen die Gefahr des Bahnbetriebes erforderlich sind, zu treffen.

Da § 4 Nr. 2 Abs. 2 VOB/B den Auftragnehmer verpflichtet, die gesetzlichen, behördlichen und berufsgenossenschaftlichen Bestimmungen zu erfüllen, ist der letzte Satz dieser Klausel überflüssig. Soweit darüber hinausgehende Sicherungsmaßnahmen verlangt werden, sind diese ausführlich im Leistungsverzeichnis aufzuführen. Mit der vorstehenden Vertragsbedingung wird der Auftragnehmer verpflichtet, den Anordnungen eines nicht am Verträge beteiligten Dritten zu folgen. Der Auftraggeber versucht hier sich der vertraglichen Pflichten zu entziehen, die zwischen ihm und dem Dritten einerseits ²⁾ und dem Auftragnehmer andererseits bestehen.

1) Z.B. Gas- oder Wasserleitungen, Kabel usw.

2) Üblicherweise durch Gestattungsverträge.

Aufgrund der Gestattungsverträge wird dem Auftraggeber durch den Dritten gestattet, dessen Trasse bzw. Anlagen unter Einhaltung bestimmter Bedingungen mitzubedenutzen bzw. zu kreuzen. Die erforderlichen Maßnahmen und Auflagen hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer im Leistungsverzeichnis anzugeben, damit er sie in der Kalkulation berücksichtigen kann.

h. Fristen

Die Ausführung von Bauleistungen ist sehr witterungsabhängig. Trotzdem schließt die VOB/B in § 6 Nr. 2 Abs. 2 die Möglichkeit der Fristverlängerung ¹⁾ bei Witterungseinflüssen, mit denen bei der Abgabe des Angebots normalerweise gerechnet werden mußte, aus.

Als Klarstellung der VOB-Regelung ist z.B. die Bestimmung in den ZVB eines norddeutschen Stadtstaates zu werten:

Ausführungsfristen werden bei Behinderung durch Witterungseinflüsse folgendermaßen berücksichtigt: Für die Fristverlängerung werden die zur Arbeitsausführung vorgesehenen Werkzeuge berücksichtigt, an denen aus zwingenden witterungsbedingten Gründen die Ausführung der Bauleistung spätestens 3 Stunden nach Beginn des Arbeitstages abgebrochen und an diesem Tage nicht wieder aufgenommen wurde.

1) Fristverlängerungen oder Terminverschiebungen können sich auch durch Zusatzaufträge und Sonderwünsche seitens des Auftraggebers ergeben. Nicht selten werden dann trotzdem die Fristverlängerungsansprüche abgedungen, vgl. dazu die Klausel S. 11, Rundschreiben des Deutschen Städtetages v. 15.6.1982.

Demgegenüber wird das wirtschaftliche Risiko des Auftragnehmers durch die Bestimmung vergrößert:

Notwendige Maßnahmen ¹⁾ zur Aufrechterhaltung des Baubetriebes während ungünstiger Witterung - insbesondere im Winter - sind mit den vereinbarten Standardpreisen abgegolten.

Nicht mit der VOB zu vereinbaren ist die Regelung, die eine südwestdeutsche Großstadt vorsieht:

Verlängerung der Ausführungsfristen wegen Behinderung oder Unterbrechung der Ausführung (auch infolge von Witterungseinflüssen) begründen keine Ansprüche auf besondere Vergütung;

sofern damit eine Vergütungspflicht für Leistungen ausgeschlossen werden soll, die auch für anerkannte Ausfalltage ²⁾ vorgesehen ist ³⁾ und für die im Vertrag keine besonderen Leistungsansätze bestehen. Eine solche Klausel steht ferner in Widerspruch zu § 9 AGBG, da der Auftragnehmer solche Risiken nicht kalkulieren kann.

Gleiches trifft schließlich auf die Bestimmung zu, die von einer Gemeinde in Bayern verwendet wird:

Der Auftraggeber kann Arbeitsunterbrechungen verfügen, wenn nach seiner Ansicht die Güte der Arbeit durch Witterungseinflüsse wie Hochwasser, Frost usw. oder wegen mangelhafter Durchführung dies erfordert. Eine derartige vom Auftraggeber angeordnete Arbeitsunterbrechung berechtigt den Auftragnehmer nicht zu Ersatzansprüchen.

-
- 1) Z.B. Mehrschichtbetrieb oder der Einsatz zusätzlicher Geräte und Personal.
 - 2) Die Ausfalltage müssen grundsätzlich vom Auftraggeber anerkannt werden; unproblematischer ist die Vereinbarung, nur solche Tage als Schlechtwettertage anzuerkennen, die auch vom Arbeitsamt anerkannt werden.
 - 3) Z.B. der Betrieb von Wasserhaltungsanlagen, Baustellenbewachung, Verkehrssicherung etc.

Die Rechte, die dem Auftragnehmer aus § 2 Nr. 5 und § 6 Nr. 6 VOB/B zustehen, werden ihm abgeschnitten ¹⁾; eine solche Klausel stellt eine unangemessene Benachteiligung des Auftragnehmers dar ²⁾.

i. Baustellenräumung

Kaum ein öffentlicher Auftraggeber verlangt nicht eine umgehende - nach Beendigung der vertraglichen Leistung zu erfolgende - Baustellenräumung. Damit soll klargestellt werden, daß auch diese Arbeiten innerhalb der vereinbarten Ausführungsfristen zu erfolgen haben.

Manche Auftraggeber behalten sich das Recht auf Räumung der Baustelle zu Lasten des Auftragnehmers durch folgende Klausel vor ³⁾:

Kommt der Auftragnehmer der Verpflichtung zur Baustellenräumung innerhalb angemessener Frist nicht nach, so kann der Auftraggeber die erforderlichen Maßnahmen auf Kosten des Auftragnehmers durchführen.

Sofern die Leistungszeit nicht kalendermäßig festgelegt ist (§ 284 Abs. 2 Satz 1 BGB), bedarf es auch in einem solchen Fall der Mahnung, um den Schuldner in Verzug zu setzen; andernfalls

-
- 1) Zur Frage der verbindlichen Vertragsfrist und einer Vertragsstrafenvereinbarung in den ZVB und BVB Fernmeldeleitzungsnetz der Deutschen Bundespost siehe OLG Düsseldorf, BauR 1982, S. 582 f.; zur Vertragsstrafenvereinbarung ferner BGH NJW 1983, S. 385 ff.
 - 2) Vgl. Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG, § 11 Nr. 7 Rn 16 ff.
 - 3) Vgl. ZVBW Nr. 4.12.1.

greift § 11 Nr. 4 ACBG ein ¹⁾.

4. Kündigung

a. Wettbewerbsabrede als außerordentlicher Kündigungsgrund

In den meisten Zusätzlichen Vertragsbedingungen ²⁾ findet sich ein in der VOB nicht geregelter Sonderfall der außerordentlichen Kündigung ³⁾:

Der Auftragnehmer ist berechtigt, den Auftrag zu entziehen oder vom Vertrag zurückzutreten, wenn der Auftragnehmer Personen, die seitens des Auftraggebers mit der Vorbereitung, dem Abschluß oder der Durchführung des Vertrages befaßt sind, oder ihnen nahestehenden Personen Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt.

Solchen Handlungen des Auftragnehmers selbst stehen Handlungen von Personen gleich, die von ihm beauftragt oder für tätig sind. Dabei ist es gleichgültig, ob die Vorteile den vorgenannten Personen oder in ihrem Interesse einem Dritten angeboten, versprochen oder gewährt werden. § 8 Nr. 3 VOB/B gilt entsprechend.

-
- 1) Die Baustellenräumung umfaßt auch die Beseitigung von Bauschutt, zu den vor allem bei Hochbauverträgen anzutreffenden Schuttbeseitigungsklauseln siehe Glatzel-Hofman-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 63 ff.
 - 2) Z.B. die ZVB einer Großstadt in Nordbayern.
 - 3) Vgl. Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 8.44 ff.

Die einseitige Vertragsbeendigung durch Kündigung hat weder im gesetzlichen Werkvertragsrecht noch in der VOB eine abschließende Regelung erfahren ¹⁾. Sofern die entsprechenden Vertragsbedingungen keine Regelung im Sinne der obigen Klausel vorsehen, kommt eine Vertragsauflösung wegen positiver Vertragsverletzung in Betracht. Werden an Angestellte oder Beauftragte des Auftraggebers Schmiergelder gezahlt oder sonstige Handlungen gewährt, liegt eine schwere Vertragsverletzung vor, die eine Fortsetzung des Vertrages der anderen Partei unzumutbar macht. Dem Auftraggeber steht in diesem Falle, ohne daß es bezüglich der Rechtsfolgen der Verweisung auf § 8 Nr. 3 VOB/B noch bedurft hätte, gem. § 8 Nr. 4 VOB/B ein Kündigungsrecht ²⁾ zu. Die Klausel bedeutet daher neben einer Verschärfung gegenüber der VOB eine (überflüssige) schriftliche Fixierung der Rechtsprechung.

Manche Auftraggeber treffen darüber hinaus Regelungen ³⁾ über die Abwicklung des aus diesem Grunde gekündigten Vertrages wie:

Tritt der Auftraggeber gemäß vorstehender Klausel vom Vertrag zurück, so ist er berechtigt, aber nicht verpflichtet, die empfangenen Leistungen zurückzugeben. Gibt er die empfangenen Leistungen zurück, so hat der Auftragnehmer die empfangene Vergütung zurückzugeben.

Behält der Auftraggeber die Leistungen, so hat der Auftragnehmer nur Anspruch auf Vergütung des Wertes, den die Leistungen für den Auftraggeber haben. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber alle Schäden zu ersetzen, die diesem unmittelbar oder mittelbar durch den Rücktritt vom Verträge entstehen.

1) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, Vor. §§ 8, 9 Rn 4 f.

2) Vgl. BGH NJW 74, S. 1080 f.

3) Vgl. ZVBW Nr. 7.3.

Dagegen stehen dem Auftragnehmer gegen den Auftraggeber aufgrund des Rücktritts keinerlei Ansprüche wegen Nichterfüllung des Vertrages zu. Im übrigen gelten die gesetzlichen Vorschriften über den Rücktritt.

Anders als die Kündigung, die zu einer Vertragsbeendigung für die Zukunft führt, wird durch den Rücktritt das Vertragsverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt. Dementsprechend wird in der Klausel bestimmt, welche Vertragspflichten die Parteien in einem solchen Falle zu erfüllen haben. Große Zweifel sind daher angebracht, ob die Vertragsparteien die empfangenen Leistungen überhaupt zurückgewähren können ¹⁾. Soweit die Leistung in der Lieferung von Baustoffen besteht, ergeben sich keine Schwierigkeiten; ist dies aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unmöglich, ist die Klausel überflüssig.

Im Falle der Kündigung hat der Auftragnehmer für die bisher erbrachten Leistungen einen Vergütungsanspruch. Entsprechend dem Wesen der Kündigung wird bezüglich der schon ausgeführten Leistungen von der vertraglichen Preisvereinbarung ausgegangen ²⁾. Eine Bestimmung, die die Höhe der Vergütung allein in das Belieben des Auftraggebers stellt, verstößt gegen die VOB-Regelung. Der Auftragnehmer muß darüber hinaus noch die Mehrkosten ³⁾ bzw. Schadensersatzansprüche ⁴⁾ zahlen. Der Auftragnehmer wird damit gleich doppelt den finanziellen Ansprüchen des Auftraggebers ausgesetzt.

1) Vgl. Ingenstau-Korbion, VOB/B, Vor. §§ 8 + 9 R 10 ff.

2) Nicklisch/Weick, VOB, § 8 Rn 59.

3) Die den ursprünglichen Vertragspreis übersteigenden Kosten bei der Fertigstellung der Bauarbeiten durch einen anderen Unternehmer.

4) In dem Falle, daß der Auftraggeber auf die weitere Ausführung verzichtet.

Die Klausel verstößt zudem gegen § 10 Nr. 4 AGBG, da sie dem Verwender das Recht einräumt, einseitig, d.h. unter Abweichung der vertraglichen Vereinbarung, die Vergütung zu ändern. Wegen der unzumutbaren und unangemessenen Benachteiligung des Auftragnehmers ist diese Bestimmung unwirksam ¹⁾.

b. Schadensersatzansprüche bei unzulässigen Wettbewerbsabreden

Auffallend häufig findet sich unter Verweisung auf § 8 VOB/B die folgende Regelung ²⁾:

Wenn der Auftragnehmer aus Anlaß der Vergabe eine Abrede getroffen hat, die eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung darstellt, hat er einen Betrag in Höhe von 3 v.H. der Auftragssumme an den Auftragsgeber zu zahlen. Ansprüche auf Ersatz eines höheren Schadens bleiben unberührt. Dies gilt auch, wenn der Vertrag gekündigt wird oder bereits erfüllt ist.

Hierbei handelt es sich ebenfalls um eine Verschärfung der VOB/B, die in § 8 Nr. 4 nur die Möglichkeit der Kündigung vorsieht, nicht aber weiterer, über § 8 Nr. 3 VOB/B hinausgehende, Schadensersatzansprüche ³⁾. Die Klausel ⁴⁾ verstößt auch gegen das AGBG. Nach § 11 Nr. 5 lit. b AGBG ist die Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen dann unwirksam, wenn dem anderen Vertragsteil der Nachweis verwehrt wird, daß ein Schaden überhaupt nicht entstanden bzw. daß er wesentlich niedriger als

1) Vgl. dazu auch Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 30, Klausel 2.2 lit. f.

2) Vgl. dazu auch Seeling, ZSW 1982, S. 34 (35); hier z.B. die ZVB einer größeren Stadt in Niedersachsen.

3) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 8 Rn 56 f.

4) In den entsprechenden Klauseln anderer ZVB beträgt die Schadensersatzsumme bis zu 10 v.H. der Auftragssumme.

die Pauschale sei. Die zitierte Klausel läßt diesen Nachweis nicht zu ¹⁾.

5. Haftung

Die Verwender von Zusätzlichen Vertragsbedingungen lassen sich bevorzugt durch folgende Klausel haftungsrechtlich freistellen ²⁾:

Der Auftragnehmer hat den Auftraggeber von
Ansprüchen Dritter wegen Schäden, Nachteilen
oder Belästigung freizustellen.

Aufgrund derartiger Generalklauseln hat der Auftragnehmer jegliches Haftungsrisiko zu tragen ³⁾. Sein Risiko wird unüberschaubar. Er muß die ausschließliche Haftung gegenüber Dritten übernehmen, ohne daß erkennbar wird, auf welche Art Schadensersatz begründender Ereignisse die Haftung beschränkt sein soll ⁴⁾.

-
- 1) Sofern der Auftragnehmer allerdings das Nichtvorliegen einer wettbewerbsbeschränkenden Abrede erklärt hat, kann dem Auftraggeber ein Schadensersatzanspruch aus die zustehen. Dazu und zu möglichen Schadensersatzansprüchen aus dem GWB vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 8 Rn 56; Immenga/Mestmäcker, GWB, § 35 Rn 3 ff.; BGHZ 64, 232 (237).
 - 2) Vgl. dazu die nahezu gleichlautenden Klauseln in den ZVB einiger Städte im Ruhrgebiet.
 - 3) Siehe BGH NJW 1972, S. 256, zu der Auslegung der Klausel: Der Auftragnehmer verpflichtet sich, den Auftraggeber von allen Ansprüchen Dritter freizustellen, die durch das Verhalten des Auftragnehmers oder seiner Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen bei der Ausführung der Auftragsarbeiten ... ohne Rücksicht auf Verschulden ausgelöst und gegen den Auftraggeber geltend gemacht werden.
 - 4) Vgl. Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 49, Klausel 2.10 lit. c.

Die Klausel ist auch zu unbestimmt, da sie weder in zeitlicher noch in sachlicher Hinsicht die Haftung eingrenzt. Schließlich beinhaltet sie einen Ausschluß für grob fahrlässige und vorsätzliche Vertragsverletzungen sowie für unerlaubte Handlungen des Verwenders, seines gesetzlichen Vertreters und Erfüllungsgehilfen. Diese Bestimmung ist wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 7 AGBG unwirksam ¹⁾.

Eine Reduzierung des Haftungsrisikos soll auch mit der Klausel erreicht werden ²⁾:

Mitarbeiter der Bundesbahn, deren sich der Auftragnehmer zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient, gelten bei den Arbeiten, die sie zur Erfüllung von Verbindlichkeiten des Auftragnehmers ausführen, als Leute des Auftragnehmers.

Bei dieser Bestimmung wird von dem Grundsatz, wonach jeder Vertragspartner für seinen Risikobereich haftpflichtrechtlich verantwortlich ist, zum Nachteil des Auftragnehmers abgegangen ³⁾. Die Haftungsabwälzung fällt umso mehr ins Gewicht, je technisierter die Arbeitsstelle des Auftraggebers, in der sich die Tätigkeit des Unternehmers vollzieht, ist und je weniger er darauf kontrollierend einwirken kann. Zusätzlich zu diesem räumlichen Gefahrenbereich muß der Unternehmer noch die Risiken tragen, die

-
- 1) Vgl. BB 1979, S. 1632; LG Frankfurt, Urteil v. 8.11.1978, Az 2/6 O 213/78 (unveröffentlicht).
 - 2) Zu den Zusätzlichen Vertragsbedingungen der Deutschen Bundesbahn auch BGH, Schäfer-Finnern-Hochstein, Z 2.212 Bl. 20 u. 22; hier Klausel Z 28 Z-VOB/B der Deutschen Bundesbahn.
 - 3) Vgl. ausführlich dazu Wussow, VersR 1977, S 979 ff.

sich aus den Nachlässigkeiten der Mitarbeiter des Auftraggebers ergeben. Problematisch stellt sich schließlich auch der Haftungsumfang dar, wenn die Mitarbeiter des Auftraggebers neben den Arbeiten, die sie zur Erfüllung von Verbindlichkeiten des Auftragnehmers ausführen, beispielsweise Verkehrssicherungspflichten treffen. Die in § 10 Nr. 2 Abs. 1 und 2 VOB/B statuierte ausgewogene Haftungsregelung wird verlassen, wenn dem Auftraggeber bei Haftung aufgrund gesetzlicher Vorschriften ein Rückgriffsanspruch gegen den Auftragnehmer eingeräumt wird, falls bei Entstehung des Schadens ein Verschulden des Auftragnehmers oder seiner Leute mitgewirkt hat. Danach ¹⁾ soll nur bei Verschulden auch des Auftraggebers eine Schadensteilung nach § 254 BGB Anwendung finden. Sofern der Auftraggeber aber schon aus Gefährdungshaftung schadensersatzpflichtig ist, liegt in all den Fällen eine Haftungsabwälzung auf den Auftragnehmer vor, bei denen den Auftraggeber kein Verschulden trifft ²⁾.

6. Abnahmeregelungen

a. Abnahme

Die Abnahme nimmt wegen der mannigfaltigen Rechtsfolgen, die an sie geknüpft sind ³⁾, eine zentrale Stellung im Rahmen der VOB ein.

-
- 1) Vgl. Ziffer 28 Abs. 2 der Z-VOB/B der DB Abs. 2.
 - 2) Vgl. auch Carls, Haftungsprobleme bei Eisenbahnoberbauarbeiten aus der Sicht des Bauunternehmers, Die Bauwirtschaft 1973, S. 715 ff.; Ingenstau-Korbion, VOB/B, § 10 Rn 2.
 - 3) Vgl. ausführlich Nicklisch/Weick, VOB; § 12 Rn 15; Ingenstau-Korbion, aaO., § 12 Rn 6 ff.; Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 13.11 ff.

Die Form der Abnahme wird häufig wie z.B. in den ZVB für Tiefbauarbeiten einer Stadt am Rhein durch die Klausel festgelegt:

Die fertiggestellten Leistungen bedürfen in jedem Falle einer förmlichen Abnahme, auch wenn vorher schon die Leistung oder ein Teil der Leistung in Benutzung genommen wurde. § 12 Nr. 5 Abs. 2 VOB/B wird hierdurch ausgeschlossen.

Der Auftraggeber bestimmt im Benehmen mit dem Auftragnehmer den Termin der Abnahme. Die Abnahmefrist beträgt 30 Werktage.

Die Benutzung der Bauleistung ohne Abnahme bedeutet für den Auftraggeber eine Besserstellung ¹⁾. Er zieht einen Vorteil aus der Leistung des Auftragnehmers, ohne gleichzeitig seinerseits die an die Abnahme geknüpften Vertragspflichten erfüllen zu müssen. Die Fälligkeit der Vergütung wird ebenso hinausgeschoben wie der Beginn der Gewährleistungsfrist. Der sich aus der Abnahme ergebende Gefahrübergang wird abbedungen. Der Auftragnehmer hat alles zur ordnungsgemäßen Vertragserfüllung Erforderliche getan, bleibt aber weiter mit den finanziellen Risiken belastet, wohingegen der Auftraggeber die Leistung schon nutzen kann, ohne seinerseits die vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Die Wechselwirkung zwischen Rechten und Pflichten der Vertragspartner wird einseitig gestört und VOB-systemwidrig ausgestaltet ²⁾.

In einigen Klauseln wird die Rechtsfolge der Abnahme noch weiter hinausgezögert ³⁾:

-
- 1) Hierzu zählt auch der Fall, daß die Gefahrtragung des Auftragnehmers bis zur Gebrauchsabnahme bestehen bleibt, vgl. Rundschreiben des Deutschen Städtetages v. 15.6.1982, S. 13.
 - 2) Vgl. Seeling, ZSW 1982, S. 34 (36).
 - 3) So die ZVB zweier Städte in NRW.

Hinsichtlich der Gewährleistungsansprüche und ihrer Verjährung ist das Datum des Schlußabnahmeprotokolls maßgebend.

Die Abnahmepflicht als Bestandteil der vertraglichen Hauptleistungspflicht wird hierbei zum Nachteil des Auftragnehmers abgeändert. Die Schlußabnahme erfolgt in der Praxis nach Fertigstellung aller Bauarbeiten einschließlich der vollständigen Baustellenräumung. Diese Arbeiten nehmen oft längere Zeit in Anspruch, so daß seit Benutzung der Bauleistung schnell eine längere Zeitspanne vergehen kann.

Teilweise wird die Abnahme vom Vorliegen bestimmter Unterlagen abhängig gemacht:

Bestandspläne mit Angaben aller Rohrdurchmesser über Gas-, Wasser- und Abwasserinstallations- sowie Kanalarbeiten, alle Bescheinigungen für die Bauaufsichtsbehörde, die Branddirektion, von TÖA und TÜV, alle Betriebsanweisungen für die technischen Anlagen und die Wartungsverträge.

Das Anfertigen bzw. Beibringen dieser Unterlagen erfordert häufig einen großen Zeitaufwand, der die für den Auftragnehmer günstigen Rechtsfolgen unangemessen hinauszögern kann.

b. Teilabnahme

Im Sinne eines beschleunigten Eintretens der für den Auftragnehmer günstigen Rechtsfolgen der Abnahme hat die VOB/B in § 2 Nr. 2 die Möglichkeit der Teilabnahme vorgesehen, d.h. die gesonderte Abnahme in sich geschlossener Teile der Leistung.

Einige Bauverwaltungen ¹⁾ beschränken die Möglichkeit der Teilabnahme mit der Regelung:

In sich abgeschlossene Teile der Leistung (§ 2 Nr. 2 a VOB/B) sind nur solche, für die im Vertrag ausdrücklich eine Teilabnahme sowie eine endgültige Feststellung und Bezahlung nach § 16 Nr. 4 vorgesehen sind. Werden nicht in sich abgeschlossene Teile der Leistung abgenommen (§ 12 Nr. 2 b VOB/B), so handelt es sich nur um vorbereitende Maßnahmen für die endgültige Abnahme.

oder verhindern die Rechtsfolgen der Teilabnahme:

Durch die Teilabnahme werden Rechtsfolgen (Übergang der Gefahr und Beginn der Gewährleistungsfrist) nicht ausgelöst.

Solche Bestimmungen schränken die Rechte des Auftragnehmers einseitig ein und verstoßen gegen die VOB.

c. Mängel als Abnahmeverweigerungsrecht

Die VOB gibt dem Auftraggeber nur dann das Recht, die Abnahme zu verweigern ²⁾, wenn die Bauleistung mit wesentlichen Mängeln behaftet ist.

1) Vgl. dazu auch die Feststellungen von Seeling, ZSW 1982, S. 34 (36) sowie die Klauseln S. 7 und 14 des Rundschreibens des Deutschen Städtetages v. 15.6.1982.

2) Vgl. § 12 Nr. 3 VOB/B.

Teilweise weiten die Verwender Zusätzlicher Vertragsbedingungen das Abnahmeverweigerungsrecht mit der Bestimmung aus ¹⁾:

Der Auftraggeber entscheidet allein darüber, ob es sich um wesentliche Mängel im Sinne von Nr. 3 (§ 12 VOB) handelt, nach denen er die Abnahme verweigern kann.

Die VOB stellt mit dem Kriterium der wesentlichen Mängel auf die Bedürfnisse der Baupraxis ab, daß es nämlich für den Auftragnehmer eine unangemessene Härte bedeuten würde, könnte der Auftraggeber bei einem Mangel grundsätzlich die Abnahme verweigern. Die Rechtsprechung bestimmt die wesentlichen Mängel anhand objektiver Kriterien (Verkehrsanschauung) und subjektiver Kriterien (welche Bedeutung dem Mangel gerade im Hinblick auf die vom Auftraggeber erkennbar an die Bauleistung gerichteten Anforderungen und die mit ihr verfolgten Zwecke zukommt) ²⁾. Durch diese Klausel wird die VOB zum Nachteil des Auftragnehmers abgeändert. Nach § 9 AGBG ist die Klausel unwirksam, da sie die Rechtsfolgen der Abnahme allein in das Belieben des Auftraggebers stellt und den Auftragnehmer somit unangemessen benachteiligt ³⁾.

Eine andere Möglichkeit des Auftraggebers, die Abnahme zu verweigern, ergibt sich aufgrund der Bestimmung ⁴⁾:

-
- 1) Wie z.B. in den ZVB für Kanalbauarbeiten einer größeren Stadt in Bayern.
 - 2) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 12 Rn 57.
 - 3) Vgl. dazu auch die Klausel im Rundschreiben des Deutschen Städtetages v. 15.6.1982, S. 12 unten.
 - 4) So in den ZVB eines Stadtbahnbauamtes im Ruhrgebiet.

Die Abnahme des Bauwerkes setzt voraus, daß Abweichungen an den Sollmaßen folgende Werte nicht überschreiten: für Maßtoleranzen gilt DIN 18202, Bl. 3. Ausgenommen hiervon sind Bauteile, die dem Einbau von Maschinen, Fahrtritten etc. dienen; hier gilt die Genauigkeit - 10 mm (Seite) und - 5 mm (Höhe).

Diese Regel knüpft die Abnahme an das Vorhandensein bestimmter Maßtoleranzen. Solche technischen Bestimmungen gehören nicht in den Kontext vertraglicher Bedingungen, sondern zu den Zusätzlichen Technischen Vorschriften, soweit auf DIN-Normen Bezug genommen wird; ansonsten sind technische Qualitätsanforderungen in der Leistungsbeschreibung anzugeben, da sie die Ausführung der Leistung und damit die Kalkulation betreffen ¹⁾. Die generelle Verweigerung der Abnahme bei Überschreiten der festgelegten Maßtoleranzen ist zudem problematisch, da sie den Auftragnehmer benachteiligen kann. Nur dann, wenn der Mangel der Bauleistung die Funktionsfähigkeit und -tauglichkeit beeinträchtigt oder wenn er davon unabhängig den Wert der Leistung merklich beeinflusst, steht dem Auftraggeber ein Abnahmeverweigerungsrecht zu ²⁾.

1) Vgl. auch Pöggeler, ZTV in der Kritik, S. 16.

2) Vgl. Soergel in MünchKomm § 640 Rn 38. Unberührt davon bleiben die Mangelbeseitigungsansprüche des Auftraggebers. Die Verschärfung von Maßtoleranzen nach DIN-Normen in den ZVB ist außerdem VOB-systemwidrig, denn sie kann nur mit der Besonderheit der Baumaßnahme nicht mit den allgemein gegebenen Verhältnissen bei einem Auftraggeber gerechtfertigt werden.

7. Gewährleistung

a. Gewährleistungsdauer

Die Gewährleistung ist der Komplex im Rahmen des Bauvertrages mit den meisten Rechtsentscheidungen ¹⁾. Die Dauer der Gewährleistung wird nur teilweise in den Zusätzlichen Vertragsbedingungen geregelt, häufig auch in Zusätzlichen Technischen Vorschriften.

Manche öffentlichen Bauverwaltungen halten sich den Weg auf eine mögliche Abänderung der zweijährigen Gewährleistungsfrist bei Bauwerken ²⁾ durch die folgende Regelung in den Zusätzlichen Vertragsbedingungen offen:

Der Auftragnehmer haftet für die vertrags-
gemäße Erbringung der Leistung gem. § 13
VOB/B, sofern in den Besonderen Vertragsbe-
dingungen oder sonstigen Vertragsunterlagen
keine längere Gewährleistungsfrist angegeben
ist.

Andere Auftraggeber bestimmen die Dauer der Gewährleistungsfrist nicht von Fall zu Fall, sondern machen sie von der Art der Bauleistung abhängig, z.B.:

5 Jahre für wasserdichten Beton, Sichtbeton,
Feuchtigkeitsisolierungen, Dacharbeiten, Fu-
genausbildungen usw.

Die dritte Gruppe von öffentlichen Auftraggebern schließlich legt die Gewährleistungsfrist einheitlich für alle Leistungen auf 5 Jahre fest.

1) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 145; das zeigt auch der Umfang der Erläuterungen in den einschlägigen Kommentaren zu § 13 VOB/B.

2) Vgl. § 13 Nr. 4 VOB/B.

Die Begrenzung der Gewährleistungsfrist auf 2 Jahre gehört mit zu den problematischsten Vorschriften ¹⁾ der VOB/B. Die im Vergleich zum BGB auf 2 Jahre verkürzte Frist wird als unbefriedigend empfunden, weil nur ein Teil der Baumängel innerhalb dieser Frist erkennbar sei ²⁾. Die öffentlichen Bauherren gehen mehrheitlich ³⁾ von der 5-jährigen Gewährleistungsfrist aus, so daß sich auch in diesem Punkt von einer für die privaten Auftragnehmer nachteiligen Abänderung der VOB/B sprechen läßt.

b. Mängelbeseitigung

Ziemlich alle Vertragsbedingungen enthalten Bestimmungen über die Beseitigung von Mängeln. Voraussetzung des Mängelbeseitigungsanspruches ist nach § 13 Nr. 5 Abs.1 VOB/B, daß der Mangel auf eine vertragswidrige Leistung des Auftragnehmers zurückzuführen ist. Einige Bauverwaltungen kehren die Beweislast zu Lasten des Auftragnehmers um ⁴⁾:

Die Inanspruchnahme der Gewährleistung wird gegenüber dem Auftragnehmer schriftlich geltend gemacht. Einwendungen gegen die Mängelrüge können nur binnen von 10 Arbeitstagen nach Empfang erhoben werden.

Erfolgen keine rechtzeitigen Einwendungen, gilt der Mangel als vom Auftragnehmer anerkannt.

-
- 1) Vgl. dazu ausführlich Nicklisch/Weick, VOB; Vor. § 13 Rn 55 ff.; ferner Booz, Die Verjährung bauvertraglicher Gewährleistungsansprüche mit weiteren Nachweisen.
 - 2) In der Literatur bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, wie groß der in der Zweijahresfrist erkennbare Teil der Baumängel ist: Booz, Verjährung, beziffert sie auf 74 v.H., Schild-Oswald-Rogier, Bauschäden im Wohnungsbau, auf ca. 50 v.H., zitiert nach Nicklisch/Weick, VOB, Vor. § 13 Rn 50 ff.
 - 3) Soweit die Gewährleistungsfrist in den BVB geregelt wird, wird sie durchgehend auf 5 Jahre festgelegt.
 - 4) Wie z.B. in den ZVB einer deutschen Hafenstadt.

Eine derartige Regelung ist der VOB fremd. Da diese Klausel zudem eine fingierte Erklärung des Vertragspartner des Verwenders enthält, verstößt sie gegen § 10 Nr. 5 AGBG.

Auf die Art und Weise der Mängelbeseitigung nehmen die öffentlichen Auftraggeber durch folgende Klausel Einfluß:

Nach einer Mängelrüge hat der Auftragnehmer unverzüglich für Art und Zeit der Mängelbeseitigung schriftlich die Zustimmung des Auftraggebers einzuholen.

Der Auftraggeber hat einen Anspruch auf Mängelbeseitigung, denn er hat einen Anspruch auf ein mangelfreies Werk. Die Mängelbeseitigung dient daher der Erfüllung des Bauvertrages. Demgemäß hat der Auftragnehmer nicht nur die Pflicht zur Mängelbeseitigung sondern auch das Recht. Die Vorschrift des § 13 Nr. 5 VOB/B bezweckt mithin auch den Schutz des Auftragnehmers ¹⁾, da die übrigen Gewährleistungsansprüche auf der Verweigerung der Mängelbeseitigung aufbauen. Der Auftragnehmer kann normalerweise den Schaden mit geringerem finanziellen Aufwand beheben, als dies bei der Ausführung durch einen Drittunternehmer es der Fall sein wird ²⁾. Die Zustimmungspflicht des Auftraggebers verändert die Regelung in § 13 VOB/B zu Lasten des Auftragnehmers.

Mit der nachstehenden Klausel wollen die Auftraggeber dem Ablauf der Verjährung bei der Mängelbeseitigung vorbeugen:

Hat der Auftraggeber innerhalb der Verjährungsfrist für die Gewährleistung die Beseitigung von Mängeln schriftlich verlangt, so verjährt der Anspruch auf Beseitigung der gerügten Mängel erst mit Ablauf der vereinbarten 5-jährigen Gewährleistungspflicht, gerechnet vom Zugang des schriftlichen Verlangens.

1) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB; § 13 Rn 110.

2) Vgl. auch Wussow, NJW 1967, S. 953 ff.

Die Verjährung des Mängelbeseitigungsverlangens ¹⁾ wird so an die vertraglich vereinbarte, über die Regelfrist der VOB hinausgehende Gewährleistungsfrist angepaßt. Auch hierbei zeigen sich wieder deutlich die Interessen der öffentlichen Auftraggeber.

8. Abrechnung, Zahlungen und Sicherheiten

a. Abrechnungspläne

Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen der öffentlichen Auftraggeber enthalten zumeist sehr detaillierte Bestimmungen, welche rechnerischen und zeichnerischen Nachweise der Auftragnehmer der Schlußrechnung beizufügen hat ²⁾. Dabei läßt sich feststellen, daß es den Auftraggebern nicht nur um den Erhalt von Abrechnungsplänen ³⁾, sondern oft auch um neue Bestandspläne geht, in denen das gesamte Bauwerk zeichnerisch in allen Einzelheiten dargestellt ist, wenn die Anforderungen an die Abrechnungspläne beispielsweise wie folgt festgelegt werden:

Lagepläne des alten und neuen Zustandes im Maßstab 1 : 250 bzw. Einzelheiten 1 : 100 nach Positionen farbig angelegt.

Aufstellung über die eingebauten Baustoffe und Gegenüberstellung der Ist- und Sollmengen.

1) § 12 Nr. 5 Abs. 1 Satz 2 VOB/B.

2) Vgl. Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlB Z 14.7 ff. über die zur Abrechnung notwendigen Unterlagen.

3) So ist wohl der Hinweis in den ZVB einer Gemeinde zu verstehen, daß die Abrechnungszeichnungen hauptsächlich der Rechnungsprüfung dienen.

Die Abrechnung der Leistung ist grundsätzlich aus den Zeichnungen zu ermitteln, soweit die ausgeführten Leistungen diesen Zeichnungen entsprechen, ansonsten sind Aufmaße zu erstellen. Das Anfertigen besonderer Pläne stellt eine zusätzliche Leistung dar und ist besonders zu vergüten ¹⁾.

b. Sicherheitsleistungen

Die Vergütungspflicht des BGB ist durch die VOB dergestalt modifiziert worden, daß die Vergütung nicht erst bei Abnahme fällig sondern entsprechend dem Baufortschritt zu zahlen ist. Damit soll erreicht werden, daß der Auftragnehmer nicht das gesamte Bauvorhaben vorzufinanzieren hat ²⁾.

In den untersuchten Vertragsbedingungen ist daher häufig die Bestimmung anzutreffen:

Abschlagszahlungen werden im allgemeinen monatlich jedoch nicht öfter als alle zwei Wochen gewährt. Als nachgewiesen gelten 90 v.H. der jeweils berechneten Lieferungen und Leistungen, soweit die Rechnungen nicht als Abrechnung über selbständige Teilleistungen anzusehen durch prüfbare Aufstellungen aufgrund gemeinsamer Aufmessungen belegt sind.

Die VOB enthält keine Bestimmungen über die Voraussetzungen, nach denen Abschlagszahlungen zu erfolgen haben ³⁾. Die vorstehende Regelung der zeitlichen Abstände von Abschlagszahlungen

1) Vgl. jeweils auch Abschnitt Nr. 5 der ATV der VOB/C.

2) Vgl. Heiermann-Riedl-Schwaab, VOB/B, § 17 Rn 4 ff und § 16 Rn 52 ff.

3) Gem. § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B in möglichst kurzen Abständen.

stellt damit eine sinnvolle Konkretisierung der VOB/B dar ¹⁾.

Gegen die VOB/B verstößt dagegen der Einbehalt einer Sicherheitsleistung in Höhe von 10 v.H. der Abrechnungssumme. Die Sicherheitsleistung soll nach der Intention der Verfasser der VOB sehr restriktiv gehandhabt werden ²⁾, weil sie die Liquidität der Auftragnehmer einschränkt. Die Sicherheitsleistung führt zu einer Erhöhung der Angebotspreise, denn der Auftragnehmer muß die Kreditzinsen für die Bereitstellung der Sicherheitsleistung bei der Kalkulation berücksichtigen. Unternehmer mit geringem Eigenkapital werden so abgehalten, sich um solche Aufträge zu bemühen, was den Wettbewerb unter den Anbietern negativ beeinflusst ³⁾. Entscheidend für den Einbehalt einer Sicherheitsleistung ist demnach der Einzelfall, so daß eine generelle Regelung über die Sicherheitsleistung in den ZVB systemwidrig ist; eine solche Regelung muß in den Besonderen Vertragsbedingungen getroffen werden.

Die VOB/A geht in § 14 Nr. 2 von einer Sicherheitsleistung in Höhe von 5 v.H. der Auftragssumme aus, so daß 10 v.H. - wie in der obigen Klausel - zu einer von der VOB für unnötig erachteten Übersicherung des Auftraggebers führt ⁴⁾.

Die Änderung der VOB im Jahre 1979, bei der in § 16 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOB/B eingefügt wurde, daß Abschlagszahlungen auf den darauf entfallenden Umsatzsteuerbetrag enthalten müssen ⁵⁾, wird in erstaunlich vielen ZVB nicht berücksichtigt, wenn es heißt:

-
- 1) Verbreitet ist auch das Abstellen auf gewisse Mindestbeträge; vgl. ZVB-StB 80, Ziffer Nr. 50.
 - 2) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 17 Rn 16 ff.
 - 3) Vgl. Bemerkungen des Bundesrechnungshofes, BT-Dr 7/8, S. 29 ff.
 - 4) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 17 Rn 17 f.
 - 5) Die VOB trägt in § 13 Abs. 1 Nr. 1 lit. a der Änderung des Umsatzsteuergesetzes 1980 v. 26.11.1980 (BGBl. I S. 1953) Rechnung; vgl. auch Rutkowsky, NJW 1980, S. 680, und Johansson, DB 1980, S. 148.

In Abschlagszahlungen darf kein Mehrwertsteuerbetrag enthalten sein.

c. Schlußzahlung ¹⁾

Eine Besonderheit der Vertragsbedingungen der öffentlichen Auftraggeber stellen die Rückforderungsklauseln ²⁾ dar:

Werden nach Abnahme der Schlußzahlung Fehler in den Unterlagen der Abrechnung festgestellt, so ist die Schlußrechnung zu berichtigen. Auftraggeber und Auftragnehmer sind verpflichtet, die ihnen danach zustehenden Beträge sich gegenseitig zu erstatten. Nachforderungen im Sinne des § 16 Nr. 3 VOB/B werden davon nicht betroffen. Der Auftragnehmer kann sich nicht auf den etwaigen Wegfall der Bereicherung (§ 818 Abs. 3 BGB) berufen.

Fehler in den Unterlagen der Abrechnung sind u.a. Aufmaßfehler, Rechenfehler, Übertragungsfehler etc.

Der Auftragnehmer verpflichtet sich, etwaige Überzahlungen, die sich nach der Prüfung durch die Prüfstellen ergeben sollten, ohne Rücksicht auf eine Verjährung zurückzuzahlen.

1) Dazu ausführlich Ingenstau-Korbion, VOB/B, § 16 Rn 7.

2) Vgl. zu den Rückforderungsklauseln der öffentlichen Auftraggeber Ingenstau-Korbion, aaO., § 16 Rn 48 ff.; Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 16.28 ff.; Heiermann-Riedl-Schwaab, § 16 Rn 130, 132 ff.; Altenmüller, DVBl. 1982, S. 247 ff.

Der Grund für die Rückzahlungsklauseln liegt im Haushaltsrecht und der darin begründeten Überprüfung der öffentlichen Auftragnehmer bezüglich der ordnungsgemäßen Verwendung der Haushaltsmittel ¹⁾. Die Rückforderung zuviel gezahlter Geldbeträge stellt objektiv einen Widerspruch zu eigenem früheren Verhalten dar, denn durch die Prüfung hat der Auftraggeber die Schlußrechnung als bindend anerkannt ²⁾. Die Rückzahlungsforderung steht daher nur insoweit mit der VOB/B in Einklang, als die Erstattung der Beträge verlangt wird, die mit Sicherheit auf reine Rechenfehler zurückgehen, so wie sie auch bei der sorgfältigen Abrechnung unterlaufen können ³⁾.

Durch die obige Überzahlungsklausel behält sich der Auftraggeber einseitig die Korrektur der Schlußrechnung vor; dem Auftragnehmer steht allein das Feststellungsrecht der Überzahlung zu, nur er entscheidet, ob und in welcher Höhe ein Rückzahlungsanspruch vorliegt. Diese Bestimmung verschiebt die Ausgewogenheit der vertraglichen Vereinbarung zum Nachteil des Auftragnehmers.

Da bis zur Überprüfung durch die Rechnungshöfe zumeist viele Jahre vergehen, soll der Auftragnehmer auch zur Herausgabe der gezogenen Nutzungen verpflichtet sein:

-
- 1) Vgl. dazu Hahn, ZfBR 1982, S. 139, mit weiteren Literaturnachweisen; sowie BGH BauR 1975, S. 424, betr. Rückzahlungsklausel Nr. 24 der ZVB der Finanzbauverwaltungen; BGH BauR 1982, S. 499; BGH BauR 1979, S. 248; BGH BauR 1980, S. 180; BGH BauR 1982, S. 283; BGH BauR 1977, S. 351 betr. Ziff. 11.3 der BVB der Straßenbauverwaltung des Landes Rheinland-Pfalz.
 - 2) Vgl. Daub-Piel-Soergel-Steffani, ERZ B 16.143.
 - 3) Vgl. Nicklisch-Weick, VOB, § 16 Rn 69 ff.; Daub-Piel-Soergel-Steffani, ERZ B 16.144.

Im Falle einer Überzahlung bei der Schlußzahlung hat der Auftragnehmer die zu erstattende Überzahlung vom Empfang der Schlußzahlung an mit einem Zinssatz in Höhe von 4 v.H. über dem bei Eintritt des Verzugsfalles geltenden jeweiligen Diskontsatz der Deutschen Bundesbank, mindestens aber mit 6 v.H. zu verzinsen.

Diese Regel verstößt gegen das AGB-Gesetz. Zwar umfaßt der Herausgabeanspruch gem. § 818 BGB auch Nutzungen, somit auch die Zinsen, doch nur als sie tatsächlich erlangt worden sind. Eine Klausel, die den Zinssatz einseitig bestimmt und dem anderen Vertragsteil den Nachweis eines niedrigeren Zinssatzes abschneidet, ist nach § 11 Nr. 5 AGBG unwirksam ¹⁾.

d. Abtretung

Die Abtretung von Forderungen aus dem Werkvertrag gehört zu den gängigen Sicherungsmitteln der Lieferanten ²⁾. Der Zulieferer eines Bauunternehmers kann seine Forderungen nur durch verlängerten Eigentumsvorbehalt sinnvoll sichern.

Eine Klausel, die bestimmt ³⁾:

Eine Abtretung der sich aus dem Vertrag ergebenden Forderungen des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber ist grundsätzlich ausgeschlossen;

1) Vgl. Kötz in MünchKomm, § 11 Rn 39 ff. ABGB.

2) Vgl. Medicus, BGB, Rn 502 f.

3) Entnommen den ZVB für ein Autobahnlos in Niedersachsen.

benachteiligt den Auftragnehmer, denn ihm ist es in der Regel nur noch möglich, Baustoffe und Bauteile gegen Abtretung seiner Vergütungsansprüche gegen den Auftraggeber zu erwerben. Das Verbot der Abtretung von Forderungen aus dem Werkvertrag führt zu einem Vertragsbruch gegenüber dem Lieferanten. Der Auftragnehmer hat deshalb ein berechtigtes Interesse an der Abtretbarkeit seiner Forderungen gegen den Auftraggeber ¹⁾.

II. Die Besonderen Vertragsbedingungen

1. Überblick

Die Besonderen Vertragsbedingungen regeln die spezifischen Besonderheiten der Baumaßnahme. Diese können unterschiedlicher Art sein. Die besonderen Vertragsbedingungen sollen gem. § 10 Nr. 2 Abs. 2 VOB/A Ergänzungen der Allgemeinen und der Zusätzlichen Vertragsbedingungen enthalten, d.h. Abänderungen bzw. Abweichungen von in diesen Vertragsteilen enthaltenen Bestimmungen ²⁾. Sie können ferner - und darauf weist § 10 Nr. 4 Abs. 2 VOB/A hin - spezielle, im Einzelfall erforderliche Regelungen enthalten, die in den anderen rechtlichen Vertragsteilen nicht geregelt oder nicht erwähnt werden ³⁾, also Lücken ausfüllen oder

1) Vgl. OLG Hamm, Urteil v. 18.6.1979, Az 2 U 289/78, BB 1979, S. 1425; Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 74, Klausel 2.16 lit. i; Rundschreiben des Deutschen Städtetages v. 15.6.1982, S. 17; a.A. Palandt, § 9 AGBG Anm. 7a.

2) Z.B. Gewährleistungsfristen

3) Z.B. Ausführungsfristen

den Bedingungsinhalt unter speziellen Gesichtspunkten verfeinern¹⁾.

Die Besonderen Vertragsbedingungen der öffentlichen Auftraggeber sind in ihrem Erscheinungsbild unterschiedlicher als die Zusätzlichen Vertragsbedingungen, die sich im Aufbau an der Gliederung der VOB orientieren.

Die Besonderen Vertragsbedingungen bilden größtenteils einen separaten Vertragsbestandteil, der sich auch optisch von den übrigen Vertragsteilen abhebt. In der Regel zeichnen sie sich durch einen formblattmäßigen Aufbau aus, daß nämlich unter bestimmten, vorgedruckten Überschriften die speziellen Angaben für den Einzelfall von der Bauverwaltung eingefügt werden können. Bei größeren Bauprojekten ist festzustellen, daß dort auf dieses Muster nicht zurückgegriffen wird und statt dessen die einzelnen Vertragsbedingungen gesondert aufgestellt werden.

Besondere Vertragsbedingungen finden sich ebenfalls in der Baubeschreibung und in den Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung. Ein derartiger Aufbau der Vertragsunterlagen verstößt gegen die Systematik der VOB, die eindeutig zwischen Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis und Besonderen Vertragsbedingungen differenziert. In Anbetracht des Umfangs eines Bauvertrages muß zwischen den verschiedenen Bestandteilen klar unterschieden werden, weil der Auftragnehmer sich sonst keinen Überblick über seine vertraglichen Verpflichtungen verschaffen kann. Das Postulat klar gegliederter und eindeutig und erschöpfend beschriebener Vertragsunterlagen ist die Voraussetzung einer ausgewogenen vertraglichen Vereinbarung.

1) Vgl. Daub-Piel-Soergel, ErlZ A 10.73.

Vom Aufbau her lassen sich drei verschiedene Vertragsmuster für Besondere Vertragsbedingungen feststellen:

- (1) Besondere Vertragsbedingungen, die nur einige spezielle, auf den Einzelfall abgestellte Ergänzungen der Allgemeinen und Zusätzlichen Vertragsbedingungen enthalten und in ihrem Aufbau sich an den Mustern der öffentlichen Bauverwaltungen orientieren ¹⁾;
- (2) Besondere Vertragsbedingungen, die zusätzlich zu den Einzelfallregelungen noch weitere Bedingungen enthalten, die keinen Einzelfallbezug haben und deshalb für eine große Zahl von Bauvorhaben gelten;
- (3) Besondere Vertragsbedingungen, die überhaupt nicht die Besonderheiten des Einzelfalles berücksichtigen und nur auf die allgemein gegebenen Verhältnisse des Auftraggebers zugeschnitten sind.

Bei letzteren handelt es sich in Wirklichkeit um Zusätzliche Vertragsbedingungen, auf die hier nicht mehr eingegangen werden muß, da sie schon bei den Zusätzlichen Vertragsbedingungen berücksichtigt worden sind ²⁾.

-
- 1) So z.B. an den Richtlinien für das Aufstellen von Unterlagen zur Vergabe von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (RU - StB 80) - Muster 51, oder an einheitlichen Verbindungsmustern, Besondere Vertragsbedingungen, EVM (B) BVB MinBIFin 1982, S. 369 ff.
 - 2) Dazu oben § 4 Kap. B I.

2. Regelungen in den Besonderen Vertragsbedingungen

Die Besonderen Vertragsbedingungen sind jeweils entsprechend den Besonderheiten des Einzelfalles verfaßt und nicht wie bei den Zusätzlichen Vertragsbedingungen unverändert dem Vertrag zugrunde gelegt. Im Sinne einer einheitlichen Verfahrensweise haben die öffentlichen Auftraggeber vielfach Verwaltungsanordnungen erlassen, die Hinweise für die Aufstellung von Besonderen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen enthalten ¹⁾.

Diese Hinweise beziehen sich in der Regel auf folgende Punkte, die hier nur stichwortartig aufgezählt werden:

(1) Vergütung

Pauschalpreisvereinbarung für einen Teil oder die gesamte Leistung, Stoff- bzw. Lohnpreisgleitklauseln;

(2) Zugangswege

Beschreibung der örtlichen Lage der Baustelle und ihrer Zugangswege;

(3) Arbeitsplätze

Benutzungsmöglichkeiten des Auftragnehmers von Lager- und Arbeitsplätzen, Verkehrswegen innerhalb der Baustelle, Gleisen, Wasser-, Strom- und sonstige Anschlüsse;

(4) Ausführungsfristen ²⁾

Fristbeginn und -ende, Dauer der Arbeiten nach Werktagen, Festlegung der Einzelfristen;

1) Vgl. Amtsblatt der Landeshauptstadt München, 1977, S. 361; Sammlung Mitteilungsblatt der Stadtverwaltung Düsseldorf 23/77 v. 1.12.1977, S. 2 ff.; Hinweise für das Aufstellen von Besonderen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau, VHB Bayern, Ziff. II 3.01.

2) Die Fristen sollen gem. VOB so bemessen sein, daß der Auftragnehmer nicht zu einem unwirtschaftlichen Arbeits- und Geräteeinsatz gezwungen wird.

(5) Vertragsstrafen ¹⁾

Vertragsstrafen bei Überschreiten der Fertigstellungs- und/oder der Einzelfristen;

(6) Gewährleistung ²⁾

(7) Zahlungsweise

Auszahlende Stelle des Auftraggebers, Abschlagszahlungen in voller Höhe bei Sicherheitsleistung für die Vertragserfüllung durch Bürgschaft bzw. Auszahlung der Schlußrechnung in voller Höhe bei Gewährleistungssicherheit durch Bürgschaft;

(8) Weitere Vertragsbedingungen

Vorauszahlungen, Bauwesensversicherung, Hochwasser-
risiko.

Die dergestalt aufgebauten Besonderen Vertragsbedingungen entsprechen der Systematik der VOB. Vom Umfang der inhaltlichen Regelung stellen sie keinen Verstoß gegen die VOB-Bestimmungen dar ³⁾.

3. Weitere Besondere Vertragsbedingungen

Verschiedentlich enthalten Besondere Vertragsbedingungen neben den oben erwähnten Regelungen weitere Bestimmungen, die nicht für den Einzelfall konzipiert sind, sondern für eine Vielzahl von Bauvorhaben. Diese Vertragsbedingungen heben sich unter der

1) Die VOB bestimmt, daß Vertragsstrafen dann vorzusehen sind, wenn die Überschreitung der Termine erhebliche Nachteile verursachen kann.

2) Abweichungen von § 13 Nr. 4 VOB/B nur in besonders begründeten Fällen

3) Zur Frage der verlängerten Gewährleistungsfristen siehe oben § 4 Kap. B I 7.

Bezeichnung "Weitere Besondere Vertragsbedingungen" von den vorstehenden Besonderen Vertragsbedingungen dadurch ab, daß sie nicht formularmäßig aufgebaut sind und keiner auf den Einzelfall bezogenen Ergänzung bedürfen. Sie unterscheiden sich - rein formal betrachtet - durch nichts von ZVB ¹⁾.

Von den in den "Weiteren Besonderen Vertragsbedingungen" enthaltenen Regelungen sollen im folgenden nur die wichtigsten aufgezählt werden:

a. Rechtsgrundlage und Vertragsbestandteile

Der nachstehende Hinweise in den BVB einer norddeutschen Großstadt:

Die Vorschriften des Bundesimmissionsschutzgesetzes und die dazu erlassenen Vollzugs- und ²⁾ Verwaltungsvorschriften sind einzuhalten.

ist überflüssig, denn § 4 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B legt die Verpflichtung des Auftragnehmers fest, die gesetzlichen und behördlichen Vorschriften zu beachten.

Manche öffentlichen Auftraggeber ³⁾ legen dem Auftragnehmer Lärmschutzmaßnahmen auf:

-
- 1) Zuweilen sind sie nach der Art der auszuführenden Gewerke aufgestellt: z.B. Tiefbau, Ergänzung Tiefbau für den Bau von Straßen; Sportanlagen und Entwässerungseinrichtungen; Entrümmerung, Abbrüche, Haldenbau; U-Bahn-Bau; Garten- und Landschaftsbau; Hochbau; Betriebstechnische Anlagen.
 - 2) BImSchG v. 21.3.1984 (BGBl. I S. 721); diese Vorschriften sind dann im einzelnen aufgeführt; vgl. auch § 66 Abs. 2 BImSchG.
 - 3) Wie z.B. eine Stadt im Ruhrgebiet; vgl. auch Pöggeler, ZTV in der Kritik, S. 12 f.

Alle Lärmschutzmaßnahmen sind in die Einheitspreise einzurechnen. Sollten die Aufsichtsbehörden die Stilllegung von Maschinen oder Geräten anordnen, besondere Arbeitszeiten oder Maßnahmen zur Schallbekämpfung verlangen, so gehen die daraus entstehenden Kosten zu Lasten des Auftraggebers.

Solche pauschalen Leistungen kann der Auftragnehmer nicht kalkulieren. Sofern spezielle Lärmschutzmaßnahmen zu treffen sind, müssen die erforderlichen Arbeiten in der Leistungsbeschreibung durch gesonderte Positionen ausgeschrieben werden.

b. Erkundungs- und Überprüfungspflichten

In Besonderen Vertragsbedingungen versuchen die Auftraggeber ¹⁾ sich der Verpflichtungen zu entledigen, die ihnen gem. § 9 Nr. 4 VOB/B obliegen:

Der Auftragnehmer hat sich zur Kalkulation und Bauausführung über die Lage sämtlicher Sparte 2) anhand der beim Auftraggeber vorliegenden Pläne ausreichend zu informieren.

Die die Preisermittlung beeinflussenden Umstände hat der Auftraggeber gem. der obigen Bestimmung der VOB festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben. Dazu zählen auch die im Baugelände vorhandenen Anlagen wie Versorgungsleitungen ³⁾.

-
- 1) Wie z.B. in den BVB für Tief- und Wasserbau einer Stadt in Nordbayern; andererseits findet sich in anderen Vertragsunterlagen eines U-Bahn-Amtes eine detaillierte Aufstellung der Versorgungsleitungen.
 - 2) So Gas, Wasser, Strom, Kanäle etc.
 - 3) § 9 Nr. 4 Abs. 5 VOB/A.

Diese Verpflichtung erfüllt der Auftraggeber nicht, wenn er die Pläne für die Auftragnehmer nur bereithält. Dem Auftraggeber obliegt es vielmehr, die Lage der Versorgungsleitungen in die Baupläne einzutragen und im Leistungsverzeichnis auf die vorhandenen Leitungen hinzuweisen ¹⁾; andernfalls wäre jeder Bewerber um einen Auftrag gezwungen, diese Vorarbeiten für seine Kalkulation selbst auszuführen. Zu berücksichtigen ist zudem der volkswirtschaftlich unnötige Aufwand, der mit einer solchen Verfahrensweise verbunden ist.

Die Leistung des Auftragnehmers bleibt auch bei folgender Vertragsbestimmung im Unklaren:

Der Auftragnehmer hat Erkundigungen über die genaue Lage von Anlagen im Baustellenbereich bei den zuständigen Stellen einzuholen; er ist von dieser Verpflichtung nicht dadurch befreit, daß aus Eintragungen in den Ausführungsunterlagen die vermutliche Lage einzelner solcher Anlagen ersichtlich ist.

Der Aufwand für Arbeiten zur Feststellung der Lage von Versorgungsleitungen läßt sich nicht im voraus abschätzen; die Ausführung der Arbeiten ist größtenteils nur in Handarbeit möglich. In den Allgemeinen Technischen Vorschriften wird deshalb bestimmt, daß die Maßnahmen zur Feststellung der Lage von Hindernissen, Kabeln, Leitungen usw. keine Nebenleistungen darstellen ²⁾ und es mithin einer gesonderten Leistungsposition bedarf. Die Übertragung solcher Pflichten durch vorformulierte Vertragsbedingungen widerspricht der in der VOB/C enthaltenen Regelung.

1) Bei Verletzung von § 9 VOB/A durch lückenhafte Leistungsbeschreibung kann der Auftraggeber aus vic ersatzpflichtig sein, vgl. LG Tübingen, BauR 1980, S. 67; andererseits zur Haftung des Unternehmers bei Beschädigung eines Fernsprechkabels bei Straßenbauarbeiten, vgl. Schäfer-Finnern, Z 3.13 Bl. 1 f.

2) Siehe DIN 18300 Nr. 4.3.8.

Überprüfungspflichten werden auf den Auftragnehmer auch im Zusammenhang mit den Ausführungsunterlagen übertragen ¹⁾:

Wenn der Bieter gegen die in der Leistungsbeschreibung zum Ausdruck gebrachte Art der Ausführung Bedenken hat, so ist er verpflichtet, diese schon im Anschreiben zum Angebot anzumelden und genau zu erläutern, andernfalls kann die Einrede eines Mangels in der Leistungsbeschreibung nicht geltend gemacht werden.

Überprüfungspflichten bestehen für den Auftragnehmer ferner in bezug auf Leistungen des Vorunternehmers ²⁾:

Sollten die Erdarbeiten für die Versorgungsträger nicht ausgeführt werden können, so obliegt es dem Auftragnehmer, eine im Zweifelsfall nicht ausreichende Bodenverdichtung anderer Unternehmer vor Aufnahme der Straßenbauarbeiten durch geeignete Prüfmethoden nachzuweisen.

§ 4 VOB/A statuiert die Überprüfungspflichten des Auftragnehmers im Hinblick auf die Güte der Vorarbeiten umfassend. Spezielle Überprüfungsmethoden bedürfen danach einer besonderen Vergütung, denn die VOB enthält keine überzogene Überprüfungspflicht ³⁾ Ebenso verhält es sich mit der Überprüfung der Ausführungsunterlagen. Planungsfehler und unvorhergesehene Umstände sind dem Risikobereich des Auftraggebers zuzuordnen; die einseitige Absicherung des Auftraggebers und der Verzicht des Auftrag-

1) Vgl. dazu auch Graf v. Westphalen, Bauvertrag, S. 57; Glatzel-Hofmann-Frikell, Bauvertragsklauseln, S. 34, Klauseln 2.3 lit. e und f; ferner Rundschreiben des Deutschen Städte-
tages v. 15.6.1982, S. 1 f, 11 f.

2) Siehe dazu die BVB einer Großstadt in NRW.

3) Zum Umfang der Prüfungspflicht des Auftragnehmers siehe nur Nicklisch/Weick, VOB, § 4 Rn 51 ff.

nehmers nach Ausführungsbeginn, Bedenken geltend machen zu können, benachteiligen den Auftragnehmer unangemessen. Solche Bestimmungen stehen in Widerspruch zu den Regelungen des AGB-Gesetzes.

c. Ausführungsunterlagen

Die Erstellung der erforderlichen Planunterlagen gehört zu den Auftraggeberpflichten, sofern diese Leistung nicht an den Auftraggeber vergeben wird ¹⁾. Nicht mit der VOB konform geht die Klausel:

Die Erdarbeiten (statische Berechnung und Pläne werden nicht in eigenen Positionen des Leistungsverzeichnisses erfaßt. Sie sind Nebenleistungen im Sinne der VOB und werden nicht besonders vergütet.

Schreibt der Auftraggeber gem. § 9 Nr. 3 VOB/A mit Leistungsverzeichnis aus, so muß die Leistung kalkulierbar sein. Der Auftragnehmer wird mit unkalkulierbaren Risiken belastet, wenn die die Preisermittlung beeinflussenden Umstände zu Nebenleistungen erklärt werden und sie nicht explizit in das Leistungsverzeichnis aufgenommen werden. Der Normierungsgedanke der Allgemeinen Technischen Vorschriften - insbesondere Nr. 4.2 und 4.3 - wird damit zum Nachteil des Auftragnehmers übergangen. Ein ordnungsgemäßer Wettbewerb unter den Anbietern um den ausgeschriebenen Auftrag wird verhindert.

1) Vgl. dazu § 9 Nr. 10 - 12 VOB/A Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm.

d. Qualitätsuntersuchungen

Die Kontrolle und die Untersuchung der Baustoffe und der vom Auftragnehmer ausgeführten Leistungen sind in den technischen Vorschriften ¹⁾ und den DIN-Vorschriften ²⁾ ebenso wie die Anwendung der Prüfmethoden festgelegt. Für die Beurteilung der Prüfergebnisse werden grundsätzlich die dort aufgeführten technischen Normen mit den im einzelnen zugelassenen Toleranzen verwendet.

Schreibt der Auftraggeber andere Verfahren oder andere Zahlenwerte vor ³⁾, so sind diese in den Zusätzlichen Technischen Vorschriften oder im Leistungsverzeichnis aufzuführen. Ebenso bedarf die Frage der Kostentragung einer vertraglichen Regelung im Leistungsverzeichnis. Unklar ist aus diesem Grunde die Klausel:

Der Auftragnehmer hat mit Kontrollprüfungen
gem. ZTVE und TVT sowie mit Mischgutproben
und Nachuntersuchungen der Verdichtung
gem. TVbit und TVT zu rechnen;

weil der Auftragnehmer nicht erkennen kann, ob hier nur einschlägige technische Vorschrift wiederholt werden soll oder es sich um eine eigenständige Kostenregelung handelt.

Solche Regelungen sind im übrigen nicht Gegenstand rechtlicher Vertragsbedingungen, sondern technischer Natur bzw. soweit sie die Vergütung betreffen Bestandteil des Leistungsverzeichnisses. In den Besonderen Vertragsbedingungen ist dafür kein Platz.

-
- 1) Z.B. ZTVE - StB 76, Abschnitt Nr. 4 Prüfungen.
 - 2) Z.B. DIN 1048, Bestimmungen über Prüfverfahren für Beton
 - 3) Dagegen reicht es nicht aus, wenn der Auftraggeber bestimmt, daß die Bodenverdichtung mit geeigneten Prüfmethoden nachzuweisen ist.

e. Sonstige Bestimmungen

Die sonstigen Bestimmungen, die in den Besonderen Vertragsbedingungen anzutreffen sind, wurden schon - soweit erwähnenswert - zusammen mit den Zusätzlichen Vertragsbedingungen behandelt.

III. Die Zusätzlichen Technischen Vorschriften

1. Überblick

Zusätzliche Technische Vorschriften (ZTV) werden von der Mehrzahl der öffentlichen Auftraggeber verwendet. Allerdings ist dabei zwischen zwei Arten von formalisierten Zusätzlichen Technischen Vorschriften zu unterscheiden: Formalisierte ZTV, die von den betreffenden Auftraggebern nicht selbst erstellt werden, und solchen, die die jeweiligen Auftraggeber in ihrem Bereich für bestimmte Arbeiten selbst aufgestellt haben.

Zur ersten Gruppe zählen die Zusätzlichen Technischen Vorschriften und Richtlinien, wie z.B. von der Forschungsgesellschaft für das Straßen- und Verkehrswesen, der Bundesanstalt für das Straßenwesen, der Deutschen Bundespost und der Deutschen Bundesbahn sowie vom Bundesminister für Verkehr.

Die zweite Gruppe umfaßt diejenigen ZTV, die die jeweiligen Auftraggeber selbst erarbeitet haben, um damit den spezifisch eigenen Verhältnissen und Erfahrungen Rechnung tragen zu können. Diese ZTV können in Ergänzungen und Abänderungen von ZTV der ersten Gruppe bestehen oder auch eigene ZTV darstellen, also

bisher nicht oder so nicht formulierte Regelungen enthalten. Die verwendeten Zusätzlichen Technischen Vorschriften enthalten zumeist Vorschriften und Richtlinien der beiden Gruppen.

Einige Verwaltungen blähen den Umfang der vom Auftragnehmer zu beachtenden ZTV dadurch auf, daß sie so ziemlich alle bisher veröffentlichten Vorschriften und Richtlinien der vorgenannten Aufsteller als ZTV im Sinne von § 1 Nr. 2 lit. d VOB/B in den Verdingungsunterlagen anführen.

Beispielsweise findet sich in den Verdingungsunterlagen einer Landeshauptstadt eine sechs DIN A 4-Seiten umfassende Auflistung von Zusätzlichen Technischen Vorschriften mit Angaben über die Vorschriften, die Bezeichnung, die Ausgabe, den Herausgeber und die Fundstelle. Diese Vorschriften sind unterteilt nach Straßenbauarbeiten (42 Bestimmungen) und Kunstbauten und Betonarbeiten (52 Bestimmungen). Die Brückenbauausschreibung eines Landschaftsverbandes enthielt auf zwei Seiten 24 Zusätzliche Technische Vorschriften, die aber einzeln mit vollen Überschriften aufgeführt wurden ¹⁾ Für den Kalkulator eines Bauvorhabens erfordert dies, daß er sich diese Vorschriften besorgen und sie lesen muß, bevor er mit der eigentlichen Kalkulation beginnen kann. Nur ein Bruchteil dieser Bestimmungen kommt im konkreten Einzelfall zur Anwendung, so daß ein großer Teil der für die Kalkulation notwendigen Vorarbeiten vergebliche Mühe bedeutet.

1) Wie z.B.: AIB - Anweisung für die Abdichtung von Ingenieurbauwerken der Deutschen Bundesbahn; alle Rundschreiben für Straßenbau des Bundesministers für Verkehr, besonders den Brückenbau betreffend; 2/73 Ergänzungsbestimmungen mit Anhang zur DIN 1045, Januar 1972; zitiert nach Pöggeler, Zusätzliche Technische Vorschriften in der Kritik, S. 13 ff.

Manche Bauverwaltungen beziehen die Zusätzlichen Technischen Vorschriften in die Leistungsbeschreibung ein, indem sie auf die erforderlichen Einrichtungen oder Schutzmaßnahmen für bestimmte Arbeiten hinweisen, aber nicht klar und eindeutig die entsprechenden Arbeiten als LV-Position - eventuell verbunden mit einer Skizze - formulieren ¹⁾.

Die Zusätzlichen Technischen Vorschriften sind kein Ersatz für eine Leistungsbeschreibung oder eine unvollständige Leistungsbeschreibung. Sie entheben den öffentlichen Auftraggeber nicht von der Verpflichtung, die Leistung umfassend im Leistungsverzeichnis aufzustellen. Für den öffentlichen Auftraggeber bedeuten sie insofern eine Hilfe, als daß damit eine Systematisierung der Arbeiten in qualitativer und konstruktiver Hinsicht erreicht werden kann. Den Postulaten des § 9 Nr. 3 und 4 VOB/A wird nur dann Genüge getan, wenn die Leistung, die gemäß den ZTV ausgeführt werden soll, genau beschrieben wird, oder wenn auf die betreffende Vorschrift exakt nach Seite, Nummer, Zahl usw. Bezug genommen wird. Der Bauherr hat das für die Ausführung des Bauobjektes Erforderliche selbst festzulegen. Wenn dem Auftragnehmer zugemutet wird, sich aus zwanzig Seiten mit zahllosen Skizzen für alle erdenklichen Leitplankenmöglichkeiten diejenige herauszusuchen, die im Einzelfall zur Anwendung kommen soll,

1) Pöggeler, aaO., S. 14 führt dazu folgendes Beispiel an: In der Lehrgerüstposition war u.a. im Text auf die "erforderlichen Einrichtungen für die Verkehrssicherung und den Anprallschutz nach Baubeschreibung" hingewiesen worden. Als das Lehrgerüst mit 2 Durchfahrtsöffnungen ausgeführt worden war, verlangte die örtliche Behördenbauleitung noch jeweils 100 m weit nach beiden Seiten der Straße Leitplanken entlang der beiden Lehrgerüstöffnungen, d.h. 4 x 100 m Leitplanken gemäß der in den Vertragsunterlagen aufgeführten ZTV 20/73 Richtlinie für abweisende Schutzeinrichtungen an Bundesfernstraßen", was einen Leistungsaufwand von DM 400.000,00 erforderlich machte.

dann liegt eine kaum zumutbare Risikoabwälzung vor; eine Vergleichbarkeit der Angebote und ein Wettbewerb der Anbieter scheidet dann aus ¹⁾.

Andere Bauverwaltungen hingegen beschränken zwar die Anzahl der bei ihnen Verwendung findenden ZTV auf ein notwendiges Mindestmaß, bringen dafür aber ihrerseits so umfangreiche Ergänzungen und Abänderungen dieser Bestimmungen, daß von einer sinnvollen Ergänzung der Vertragsbestandteile in technischer Hinsicht nicht gesprochen werden kann.

2. Die Standardisierten Zusätzlichen Technischen Vorschriften

a. Einführung

Die Ausarbeitung der Zusätzlichen Technischen Vorschriften geschieht größtenteils ²⁾ durch die Baubehörden des Bundes und der Länder in Zusammenarbeit mit der Wissenschaft. Diese ZTV werden amtlich eingeführt und für die nachgeordneten Bauverwaltungen verbindlich erklärt. Wegen des großen Anwendungsbereiches kann man deshalb von standardisierten Zusätzlichen Technischen Vorschriften sprechen.

Die Vertreter der bauausführenden Industrie sind nur am Rande am Entscheidungsprozeß der Vorschriftengebung beteiligt. Die öffentliche Hand besitzt in den Arbeitsausschüssen, in denen die jeweiligen Vorschriften erarbeitet bzw. neu gefaßt werden, die Mehrheit. Die Bauwirtschaft hat oftmals nur ein Informationsrecht,

1) Vgl. Pöggeler, ebd., S. 16.

2) Vgl. oben § 3 Kap. B VII 1.

Entscheidungen werden vielfach - entgegen dem vom Arbeitsausschuß erarbeiteten Vorschlag - getroffen. Die Vertreter der Bauwirtschaft haben deshalb eine ungünstige Ausgangsposition mit der Folge, daß unternehmerische und praxisnahe Standpunkte in den Vorschriften nicht hinreichend Berücksichtigung finden ¹⁾.

Von den Zusätzlichen Technischen Vorschriften sollen für den Bereich des Straßenbaus die ZTVE-StB 76 und für den Bereich der Kunst- und Hochbauten die ZTV-K-80 behandelt werden, um darzustellen, wie die dort enthaltenen Regelungen die Auftragnehmer benachteiligen können.

b. Die ZTVE-StB 76

aa. Gewährleistungsfrist

Die ZTVE-StB 76 legt in Nr. 6.1 die Gewährleistungsfrist auf 5 Jahre fest. Der betreffende Arbeitsausschuß hatte jedoch nach eingehender und langer Diskussion einstimmig die Dauer der Ver-

1) Vgl. dazu Kiekenap, Die ZTVE-StB 76 - eine kritische Betrachtung aus der Sicht der Straßenbauwirtschaft, Straße und Autobahn, 1977, S. 413 ff. und Gutschker, Auswirkungen der neuen ZTVE-StB 76 auf die Baupraxis, Die Bauwirtschaft 1977, S. 400 ff. über das Zustandekommen der ZTVE-StB 76. Danach wurde der Arbeitsausschuß nach der Verabschiedung der letzten Fassung im Juni 1975 bis zur Veröffentlichung durch ARS 16/1976 v. 15.10.1976 nicht mehr informiert. Nach Abstimmung mit dem Bundesverkehrsministerium und den obersten Straßenbaubehörden wurde die vom Arbeitsausschuß erarbeitete Fassung zum Teil grundlegend verändert, ohne daß dieser nochmals Gelegenheit zur Äußerung erhielt. Ursprünglich sollte die Neufassung der ZTVE-StB 76 zudem wegen der Anpassung an die neue DIN 18300 nur redaktionelle Änderungen enthalten.

jährungsfrist für die Gewährleistung auf 4 Jahre begrenzt, weil mehrere Fakten zu berücksichtigen waren ¹⁾: Aufgrund der zunehmenden Verkehrsbelastung und der Neufassung der RStO 75 ²⁾, die von abgeminderten Schichten des Straßenoberbaus ausgeht, sowie der Neuklassifizierung der Bauklassen I - V ³⁾ werden der Straßenunterbau und -untergrund stärker belastet. Die Gewährleistungszeit der neuen ZTVE-StB 76 sollte außerdem derjenigen für Frostschutz- und Tragschichten nach TVT und für bituminöse Decken nach TVbit 7/71 angepaßt werden, die 4 Jahre betragen. Umfangreiche Prüfbestimmungen und der Prüfungsumfang der ZTVE-StB 76 vermindern obendrein das Qualitätsrisiko des Auftraggebers von Haus aus schon erheblich ⁴⁾.

Diese Verlängerung der Gewährleistungsfristen bedeutet für den Auftragnehmer erhöhte Kosten, da die Gewährleistungsbürgschaften länger laufen und die den Bauunternehmern eingeräumten Kreditlinien länger in Anspruch genommen werden müssen.

Eine Teilherausgabe von Bürgschaften für in sich abgeschlossene und abgrenzbare Bauleistungen mit kürzerer Gewährleistungsfrist wird in den meisten Fällen angelehnt ⁵⁾. Die Verlängerung der Verjährungsfristen rechtfertigt sich auch kaum aus der Sicht des

1) Vgl. Kiekenap, Straße und Autobahn 1977, S. 414 f.

2) Richtlinien für den Straßenoberbau - Standardausführungen.

3) Siehe dazu auch Floß, Konstruktives Zusammenwirken des Straßenaufbaus bei Anwendung der RStO 75 und der ZTVE-StB 76, Straße und Autobahn 1977, S. 142 (143); Buchholz, Die Richtlinien für den Straßenoberbau - Standardausführungen - Ausgabe 1975 (RStO 75) aus der Sicht der Bauwirtschaft, Straße und Autobahn 1977, S. 240 ff.

4) Ausführlich Kiekenap, ebd.

5) So Kiekenap, aaO., S. 414.

Auftraggebers, weil zumindest eine vierjährige Verjährungsfrist ausreichend ist ¹⁾. Mängel am Untergrund und Unterbau treten bei der heutigen Verkehrsbelastung wenn nicht schon während der Bauarbeiten, so doch zumindest zwei Jahre nach der Abnahme auf, so daß die vierjährige Verjährungsfrist als obere Grenze der Dauer der Gewährleistungsfrist nur unter dem Gesichtspunkt der Gleichschaltung mit anderen ZTV zu vertreten war ²⁾.

bb. Ausgleichsschichten

Während nach der alten ZTVE das Erdplanum mit einem Quergefälle von 4 % anzulegen war und deshalb - da bei der Decke und der Frostschuttschicht das Quergefälle 2,5 % betrug - einen Dickenausgleichsschicht notwendig war, will die neue ZTVE den Materialmeherverbrauch dadurch ausschließen, daß die Querneigung des Erdplanums ebenfalls auf 2,5 % festgelegt wurde. An die Ebenheit und die Toleranzen des Erdplanums mußten deshalb höhere Anforderungen gestellt werden, nämlich ± 3 cm bzw. ± 2 cm, wenn keine ungebundene Tragschicht (Frostschuttschicht) vorgesehen ist ³⁾.

Der Arbeitsausschuß hatte deswegen die weitere Bestimmung vorgesehen:

-
- 1) Gutschker, Die Bauwirtschaft 1977, S. 400 (401) vertritt die Auffassung, daß zumindest ein Teil der Mitglieder des Arbeitsausschusses die 2-jährige VOB-Frist als ausreichend betrachtet.
 - 2) Gutschker, ebd.
 - 3) Siehe ZTVE-StB 76, Abschnitt Nr. 3.10.2.

Lassen sich diese Anforderungen beim Einbau von Felsgestein oder anderen steinigen Baustoffen nicht erreichen, ist eine Ausgleichsschicht aus gebundenem oder ungebundenem Korngemisch einzubauen, d.h. es handelt sich nicht um eine Nebenleistung.

Die nun gültige Fassung hat den Entwurf mehr als nur redaktionell abgeändert, wenn es heißt:

Lassen sich diese Anforderungen beim Einbau von Felsgestein oder anderen steinigen Baustoffen nicht erreichen, ist als Bestandteil der Leistung eine Ausgleichsschicht aus gebundenem oder ungebundenem Korngemisch einzubauen.

Mithin ist klargestellt, daß der Unternehmer mögliche Ausgleichsschichten einrechnen muß, denn nur dann, wenn er Vertiefungen im Erdplanum nicht zu vertreten hat (Abs. 8.3.17 und 3.7.1.3 ZTVE-StB 76) werden Ausgleichsschichten besonders vergütet ¹⁾.

cc. Prüfungen

Im Abschnitt Prüfungen sah der Entwurf des Arbeitsausschusses hinsichtlich der Eignungsprüfungen ²⁾ vor, daß der Auftraggeber die Eignung der von ihm vorgesehenen Baustoffe nachzuweisen hat, denn Abschnitt 1.1 ZTVE-StB 76 (Bodenerkundung) stellt fest, daß Boden- und Felsuntersuchungen dem Auftraggeber unterliegen.

1) So Kiekenap, aaO., S. 414.

2) Eignungsprüfungen sind Prüfungen zum Nachweis der Eignung der Baustoffe für den vorgesehenen Verwendungszweck, entsprechend den Anforderungen des Bauvertrages (Abschnitt Nr. 4.1 ZTVE-StB 76).

Die endgültige Fassung der ZTVE bestimmt jedoch, daß der Auftragnehmer die Eignung der vorgesehenen Baustoffe nachzuweisen und die Kosten für die Eignungsprüfungen zu tragen hat. Danach kann sich also der Bauunternehmer nicht darauf verlassen, daß die vom Auftraggeber als Baustoffe vorgesehenen Böden geeignet sind ¹⁾. Auch hier zeigt sich das Bestreben der öffentlichen Auftraggeber, möglichst jegliches Risiko dem Auftragnehmer aufzubürden.

dd. Abrechnung

Kritik in der Bauwirtschaft findet schließlich die Abrechnungsregelung mit der elektronischen Datenverarbeitung. Dabei wird vor allem bemängelt, daß aufgrund des übermäßigen Aufwandes solcher Abrechnungen diese teilweise über ein Jahr bei den Straßenbauämtern liegen würden ²⁾. Die Kosten für die Aufstellung der Schlußabrechnung und die Zinsverluste führen zu größeren finanziellen Einbußen der Auftragnehmer, als eine Vereinfachung und Pauschalierung der Abrechnung seitens der Auftraggeber zur Folge hätte ³⁾.

c. Die ZTV-K-80 ⁴⁾

Bei der ZTV-K-80 Ausgabe 1980 wurden die bei der ZTV-K-76 gewonnenen Erfahrungen berücksichtigt; ihre Überarbeitung wurde auch von seiten der Bauindustrie begrüßt ⁵⁾. Gleichwohl zeigen

1) So Gutschker, aaO., S. 400 (404).

2) Vgl. Kiekenap, aaO., S. 413 (414).

3) Vgl. Kiekenap, aaO., S. 415 mit ausführlichen Berechnungsbeispielen.

4) Zusätzliche Technische Vorschriften Kunstbauten.

5) Vgl. dazu auch die Stellungnahmen ihrer Interessenvertreter.

der Entwurf der ZTV-K (Fassung April 1980) und auch die dann verabschiedete Fassung ¹⁾ die Tendenz, der Auftragnehmerseite ungewöhnliche Wagnisse aufzubürden, auf die sie keinen Einfluß hat und deren Auswirkungen auf die Preise und Fristen nicht im voraus geschätzt werden kann ²⁾.

aa. Vertragliche Bestimmungen

Abschnitt 1.1 ZTV-K-80 (Allgemeines) enthält in sieben Abschnitten vertragliche Bestimmungen wie:

Der Auftragnehmer hat bei Auftragserteilung für die statische und konstruktive Bearbeitung einen erfahrenen und mit entsprechenden Vollmachten ausgestatteten Ingenieur als Koordinator zu benennen;

... von welchen Personen die Originale der Ausführungsunterlagen sowie Änderungen in den Ausführungsunterlagen zu unterzeichnen sind;

... welche finanziellen Auswirkungen konstruktive Änderungen des Bauentwurfes nach sich ziehen,

die nach der Regelung in § 10 VOB/A als Zusätzliche Vertragsbedingungen einzustufen sind und nicht in die Zusätzlichen Technischen Vorschriften gehören. Solche Bestimmung in die ZTV aufzunehmen, verstößt gegen die Systematik der VOB und erschwert unnötigerweise die Kalkulation des Bauwerkes.

1) Eingeführt mit Allgemeinem Rundschreiben Straßenbau (ARS) Nr. 20/1981 v. 1.10.1981.

2) Vgl. zu den folgenden Ausführungen die Stellungnahme des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie e.V. und des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes e.V. zu dem Entwurf der Zusätzlichen Technischen Vorschriften für Kunstbauten (ZTV-K-80), Entwurfsfassung 1980.

bb. Statische Berechnung

Im Rahmen der Standsicherheitsnachweise (Abschn. 1.3.2 ZTV-K-80) sind sämtliche Montage- und Kontrollanweisungen sowie Protokolle zur Gegenüberstellung von Soll- und Istwerten aufzustellen. Diese Angaben sind aber für die Standsicherheits- und Festigkeitsnachweise nicht erforderlich. Es handelt sich demnach um besondere Leistungen, die einzeln als Leistungsposition ausgeschrieben werden müssen.

Die ZTV-K-80 sieht in Abschnitt 1.3.3.1 überzogene Anforderungen an die statische Bearbeitung vor, wenn verlangt wird, daß am Ende einer statischen Berechnung nochmals sämtliche Ergebnisse mit besonderem Inhaltsverzeichnis, vorzugsweise grafisch, darzustellen sind. Bürokratisch wirken auch die Bestimmungen in Abschnitt 1.4.2 (Form), nach denen das Format der Zeichnungen auf DIN A 0 zu begrenzen ist und diese mit gelochten Einhängestreifen zu versehen sind. Dabei wäre es Aufgabe des Auftraggebers, die ihm übergebenen Zeichnungen selbst zu archivieren und dementsprechend vorzubereiten.

cc. Bauausführung

In Abschnitt 2.4.1 wird der Auftragnehmer verpflichtet, bei Schäden durch das von ihm gewählte Rammverfahren die gewählte Arbeitsweise zu ändern oder andere Geräte einzusetzen, wenn die angetroffenen Verhältnisse den Angaben in den Verdingungsunterlagen entsprechen, ohne daß er für diese Leistungen eine gesonderte Vergütung verlangen kann. Der Auftragnehmer hat hier die Mehrkosten zu tragen, selbst dann, wenn er die Ursachen nicht zu vertreten hat.

Bei Verbauarbeiten mit Stahlspundwänden ¹⁾ hat der Kalkulator des Auftragnehmers die höheren Aufwendungen für Eck-, Abzweig-, Kreuzungs- und Übergangsbohlen schon von vornherein zu berücksichtigen, obwohl diese Arbeiten als gesonderte Position - da keine Nebenleistungen - in das Leistungsverzeichnis aufzunehmen sind.

Mehrkosten erwarten den Auftragnehmer auch dann, wenn infolge unsachgemäßer Zwischenlagerung unbrauchbar gewordenes Material abzufahren und durch neues bzw. brauchbares zu ersetzen ist ²⁾. Eine Risikoabwälzung läge dann nicht vor, wenn bestimmt wäre, daß der Auftragnehmer nur dann die Kosten zu tragen hat, wenn er den Schaden auch zu vertreten hat.

Ebenfalls zu Mehrbelastungen des Auftragnehmers führt die Bestimmung ³⁾, daß der Auftragnehmer die Kosten eines Beweissicherungsverfahrens zu übernehmen hat, wenn sich Schäden an Bauwerken, Verkehrsflächen etc. durch das von ihm gewählte Bauverfahren nicht mit Sicherheit ausschließen lassen. Dem Auftragnehmer obliegt es nicht, vor Beginn der Bauausführung umfangreiche Voruntersuchungen dieser Bauwerke durchzuführen. Sollten sich Schäden nicht ausschließen lassen, trägt der Auftraggeber die Kosten für das Beweissicherungsverfahren und andere erforderliche Maßnahmen entsprechend den Bestimmungen der VOB. Diese Leistungen sind im LV besonders aufzuführen.

1) Vgl. Abschnitt Nr. 2.4.2 ZTV-K-80.

2) Vgl. Abschnitt Nr. 2.6 ZTV-K-80.

3) Vgl. Abschnitt Nr. 5.1 ZTV-K-80.

dd. Qualitätsanforderungen

In technischer Hinsicht enthält die ZTV-K-80 umfangreiche Bestimmungen, die im Einzelfall aufgrund des speziellen Bauwerkes ihre Berechtigung haben mögen, insoweit aber gemäß § 10 Nr. 3 Satz 3 VOB/A in der Leistungsbeschreibung festzulegen wären, die aber in der generellen Anforderung an alle Bauvorhaben die ZTV unnötig aufblähen und mit der Regelung in § 10 Nr. 3 VOB/A nicht in Einklang stehen:

So bestimmt Abschnitt Nr. 6.3.4.1 die Mindestbewehrung für die Längsbewehrung am Außenrand von Kragplatten mit 0,8 % des Betonquerschnittes, was bedeutet, daß in diesem Bereich keine Baustahlmatten eingebaut werden können;

In Abschnitt Nr. 6.4.2 wird in Abweichung von der DIN 4227 festgelegt, daß die obere Betondeckung von Hüllrohren in der Fahrbahnplatte für Längsspannglieder mindestens 10 cm betragen muß. Obgleich dadurch das Korrosionsproblem aufgrund von Eindringen von Chloriden nicht verhindert werden kann, ergeben sich für die exzentrische Vorspannung der Fahrbahnplatte überaus große Schwierigkeiten;

Bei Spannbetonarbeiten ist gemäß Abschnitt 6.6.1 je Steg mindestens eine Rüttelgasse anzuordnen. Eine solche Forderung ist nicht sinnvoll, wenn Außenrüttler verwendet werden ¹⁾;

Ein Wechsel des Zementwerkes, der Zementart, der Festigkeitsklasse des Zements, der Herkunft (Gewinnungsstelle) der Betonzusatzstoffe und -mittel bedarf der Zustimmung des Auftraggebers. Soweit die Baustoffe die technischen Lieferungsbestimmungen, z.B. der

1) Z.B. bei Erstellung von Fertigteilen in Stahlschalung mit Außenrüttlern.

DIN-Normen erfüllen, erscheint das Zustimmungserfordernis überzogen. Bei den Zuschlagstoffen entzieht es sich häufig der Kenntnis des Auftragnehmers, ob deren Herkunft geändert wurde. Bei der Lieferung von Fertigbeton hat der Auftragnehmer überdies keine Möglichkeit, den Wechsel irgendwelcher Lieferanten oder Gewinnungsstellen zu überprüfen¹⁾;

Entgegen den betontechnologisch zwingenden Vorschlägen des Deutschen Betonvereins wurden der Wasserzementwert für Beton der Güte B 25 auf 0,55 reduziert und ein maximaler Zementgehalt vorgeschrieben²⁾;

Der Umfang der Eignungs- bzw. Erhärtungs- und Güteprüfungen wurde gegenüber denen der dafür einschlägigen DIN 1045 erweitert³⁾.

3. Die speziellen Zusätzlichen Technischen Vorschriften

Als spezielle Zusätzliche Technische Vorschriften⁴⁾ sollen diejenigen ZTV bezeichnet werden, die von den betreffenden Bauämtern für Arbeiten in ihrem Zuständigkeitsbereich herausgegeben werden. Sie sollen im folgenden nach vertragsrechtlichen und technischen Bestimmungen getrennt untersucht werden⁵⁾.

1) Vgl. Abschnitt Nr. 6.7.1.

2) Vgl. Abschnitt Nr. 6.7.2.

3) Vgl. Abschnitt Nr. 6.7.7.2.

4) Im Gegensatz zu den standardisierten ZTV, siehe auch die Unterteilung oben § 4 Kap. B III 1.

5) In den ZTV selbst findet man nur selten eine derartige Aufgliederung, so daß oft eine Vermischung von vertragsrechtlichen Verpflichtungen mit technischen Bestimmungen anzutreffen ist.

a. Die vertragsrechtlichen Bestimmungen

aa. Die Beachtung behördlicher und gesetzlicher Vorschriften

Neben der Aufzählung der Technischen Vorschriften, die gemäß § 1 Nr. 2 lit. d VOB/B als Vertragsbestandteil zu beachten sind, finden sich häufig Hinweise auf gesetzliche Vorschriften wie das Bundesbaugesetz, die Bauordnungen der Länder, die Polizeiverordnungen und die Unfallverhütungsvorschriften, die der Auftragnehmer zu befolgen hat. Daß ein solcher Hinweis überflüssig ist, folgt aus § 4 Nr. 2 Abs. 1 VOB/B ¹⁾. Soweit die ZTV spezielle Maßnahmen wie z.B. zum Schutz von Bäumen ²⁾ festlegen, sind diese Leistungen in das LV aufzunehmen.

bb. Verkehrssicherung der Baustelle

Die folgende Bestimmung in den gemeinsam ausgearbeiteten ZTV mehrerer Städte im Ruhrgebiet:

Die zur Sicherung der Baustelle gemäß den Bedingungen der Straßenverkehrsbehörde erforderliche Absperrung, Beschilderung und Beleuchtung ist Sache des Auftragnehmers. Die Kosten für die Vorhaltung, Unterhaltung, Inbetriebnahme etc. werden mit den Einheitspreisen abgegolten. Eine möglichst geringe Beeinträchtigung des Straßenverkehrs ist während der Dauer der Bauarbeiten mit allen Mitteln anzustreben, der Anliegerverkehr muß aufrechterhalten werden;

1) Vgl. auch oben § 4 Kap. B II 3 a.

2) Wie z.B. die Richtlinien zum Schutz von Bäumen und Sträuchern im Bereich von Baustellen (RSBB), Ausgabe 1973.

oder die Klausel in den ZTV zweier Landeshauptstädte:

Der Auftraggeber ist berechtigt, Verbesserungen an den Sicherheitsvorkehrungen zu fordern, ohne daß dem Auftragnehmer ein Anspruch auf besondere Vergütung erwächst;

enthalten keine technischen Regelungen, so daß sie aus den ZTV zu streichen sind. Da es sich bei der Verkehrssicherung um keine Nebenleistung handelt, ist in die Leistungsbeschreibung eine Position Verkehrssicherung aufzunehmen ¹⁾.

cc. Beweissicherung, Vorarbeiten

Zu den häufig anzutreffenden Regelungen zählt die Beweissicherung ²⁾:

Gebäude, Grundstücke und Anlagen aller Art, die durch die Bauarbeiten berührt oder gefährdet werden können, müssen vom Auftragnehmer vor Baubeginn genau auf ihre Sicherheit und Beschaffenheit untersucht werden. Erforderlichenfalls sind bei vorhandenen Schäden an Bauwerken Gipsmarken anzubringen und Risse fotografisch festzuhalten. Jede Möglichkeit einer Gefährdung hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber sofort schriftlich mitzuteilen und besondere Sicherheitsmaßnahmen zu treffen.

-
- 1) Vgl. dazu das Ergebnis der Untersuchung über die ZTV "Ausführung von Entwässerungsarbeiten" des Arbeitskreises Kanalbau Rhein-Ruhr, veröffentlicht in Sonderdienst Bauindustrie 5/81, Wirtschaftsvereinigung Bauindustrie NRW; siehe auch Pöggeler, ZTV in der Kritik, S. 15 (Beispiel Nr. 3): nur wenn alle verlangten Leistungen in den entsprechenden Positionen mit Preisangaben enthalten sind, ergeben sich klare Vergleichsmöglichkeiten für die Bauherren.
 - 2) Hier die Klauseln aus ZTV mehrerer Städte in Hessen und dem Saarland.

Zum Schutz der Gebäude, Grundstücke und Anlagen hat der Auftragnehmer Vorsichtsmaßnahmen ohne besondere Vergütung zu treffen.

Sollen Einfriedungen versetzt werden, hat der Auftragnehmer vor Baubeginn durch Fotos und genaue Aufmaße den alten Zustand festzuhalten, um Rechtsstreitigkeiten nach Möglichkeit auszuschließen.

Der Umfang der Beweissicherung, der sich nach den örtlichen Verhältnissen regelt, ist in der Leistungsbeschreibung festzulegen. Die Kosten für die genaue Untersuchung vorhandener Bauwerke auf ihre Sicherheit und Beschaffenheit kann dem Auftragnehmer nicht in ZTV auferlegt werden. Desgleichen belastet den Auftragnehmer unangemessen die Bestimmung, Vorsichtsmaßnahmen ohne besondere Vergütung zu treffen. Die Kosten solcher Maßnahmen gehören zu den Herstellungskosten des Bauwerkes und sind von dem Bauherrn zu tragen. Leistungen aufgrund solch vager Formulierungen und Beschreibungen lassen sich vom Auftragnehmer nicht kalkulieren.

dd. Herstellen von Überfahrten

Erfolgen die Bauarbeiten im Bereich von Verkehrs- oder Gehwegen, hat der Auftragnehmer für die Aufrechterhaltung des Verkehrs und den Zugang zu den Bauwerken aufgrund der Klausel zu sorgen:

Für den Fußgängerverkehr sind an geeigneten Stellen und in genügender Anzahl verkehrssichere Übergänge von mindestens 0,80 Breit mit seitlichem Geländer entsprechend den statischen Erfordernissen herzustellen.

Für die Baugrube kreuzenden Fahrverkehr, d.h. an Straßenkreuzungen und Hofeinfahrten, sind Überfahrten in entsprechender Breite mit seitlichem Geländer entsprechend den statischen Erfordernissen herzustellen.

Die Bezahlung erfolgt nach den hierfür vorgesehenen Positionen des Leistungsverzeichnisses; wenn keine Positionen vorgesehen sind, sind diese Kosten in die Baustelleneinrichtung einzurechnen.

Auf diese Bestimmungen trifft das oben Gesagte ebenfalls zu: Der Text der ZTV enthält eine Leistungsbeschreibung und ist als solche in die entsprechenden Positionen des Leistungsverzeichnisses aufzunehmen. Anderenfalls liegt ein Verstoß gegen § 9 Nr. 4 VOB/A vor; die Leistung ist dann für den Unternehmer kaum kalkulierbar.

ee. Ausführung der Arbeiten

Die nachstehende Bestimmung in den ZTV einer Stadt im Saarland gibt ebenfalls Anlaß zur Kritik:

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, im Bereich der Baustelle ohne besondere Vergütung für die Ableitung des Niederschlagwassers auf die Straße und in die Baugrube Sorge zu tragen. Der Auftragnehmer haftet für alle Schäden, die dem Auftraggeber oder Dritten aus der Nichtbeachtung dieser Bestimmungen entstehen.

Soweit der öffentliche Auftraggeber nur den Wortlaut der entsprechenden ATV wiedergeben will ¹⁾, ist diese Regelung überflüssig.

-
- 1) Vgl. DIN 18300, Abschnitt 4.1.9 Sichern und Arbeiten gegen Tagwasser, mit dem normalerweise gerechnet werden muß.
 - 2) Eine sinnvolle Ergänzung der Vergütungsregelung läge vor, wenn als Kriterium auf den sogenannten Berechnungsregen des Einzugsgebietes Bezug genommen würde.

sig ²⁾, sofern darüber hinaus der Auftragnehmer auch für die Behebung entstandener Überflutungsschäden einzustehen hat, liegt eine im Vergleich zur VOB für ihn nachteilige Regelung vor ¹⁾.

Die ZTV werden ferner durch die Bestimmung eines Straßenbauamtes in Hessen unnötigerweise aufgebläht:

Zur Herabsetzung der Lärmbelästigung sind in bebauten Gegenden geräuscharme Geräte bzw. lärmdämpfende Zusatzgeräte und Vorrichtungen nach den jeweils geltenden Vorschriften des Gewerbe- bzw. Ordnungsamtes einzusetzen.

Finden die Bauarbeiten in bebautem Gebiet statt, in denen bestimmte Lärmwerte nicht überschritten werden dürfen, so ist ein Hinweis im Leistungsverzeichnis unbedingt erforderlich, weil dies bei der Wahl der Baumethode von Einfluß ist. Hohe Kosten entstehen dem Auftragnehmer nämlich dann, wenn aufgrund von Messungen festgestellt wird, daß der Lärmpegel auf der Baustelle bestimmte Werte überschreitet und auf ein anderes Bauverfahren übergewechselt werden muß, wenn also z.B. der Rammträgerverbau durch einen Rohrträgerverbau ersetzt werden muß.

Sofern ein Erfordernis zur Ausführung der Arbeiten an Sonn- und Feiertagen sowie zur Nachtzeit besteht, müssen ebenfalls im Leistungsverzeichnis die entsprechenden Positionen vorgesehen werden.

1) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, § 4 Rn 75 ff.; zur Frage des Vergütungsanspruches des Auftragnehmers bei Unwetterschäden siehe BGH, NJW 1973, S. 1698.

ff. Wasserhaltungsarbeiten

Nicht in die ZTV gehört die folgende Bestimmung in den Vertragsbedingungen einer Großstadt für ein U-Bahn-Los:

Der Aufbau der Wasserhaltungsanlage, das Vorhalten einschließlich An- und Abfahren der Pumpen, Rohrleitungen, Antriebsmaschinen, Kabel, Leitungen, Schläuche und sonstiges Zubehör erfolgt nach den im Leistungsverzeichnis eingesetzten Einheitspreisen.

Für den Betrieb dieser Anlagen sind zwei unabhängige Maschinensätze aufzustellen, damit der Betrieb der Wasserhaltungsanlage ungestört aufrechterhalten werden kann.

Hier erfolgt die Leistungsbeschreibung für die Wasserhaltungsarbeiten ¹⁾ in der Form von Zusätzlichen Technischen Vertragsbedingungen. Diese Regelung widerspricht der VOB/A. Die Forderung nach zwei unabhängigen Maschinensätzen ist zudem für den Normalfall übertrieben und höchstens im Einzelfall - gegen entsprechende Vergütung - zu rechtfertigen.

Unhaltbar ist die Bestimmung in den ZTV für Kanalbauarbeiten einer Stadt in Westfalen:

Anzahl und Abstand der Filterbrunnen, Saugleitungen und Pumpen sind, falls im Leistungsverzeichnis nichts Näheres gesagt ist, mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren.

Die für die Kalkulation wichtigen Umstände bleiben hier erst einer späteren Vereinbarung mit dem Auftraggeber vorbehalten.

1) Vgl. Ingenstau/Korbion, VOB/A, § 9 Rn 44.

Eine Risikoverlagerung auf den Auftragnehmer bedeuten die beiden Vergütungs- bzw. Haftungsregelungen, die in den ZTV zweier Städte im Abschnitt Wasserhaltung anzutreffen sind:

Über die vertraglich festgelegte Bauzeit hinaus wird keine Wasserhaltung vergütet.

Nachdem die gewählte Art der Grundwasserabsenkung mit dem Auftragnehmer vereinbart ist, haftet dieser für eine wasserfreie Baugrube.

In beiden Fällen hat der Auftragnehmer für Schäden einzutreten bzw. die Kosten für zusätzliche Arbeiten zu tragen, auch wenn er die dazu führenden Umstände nicht zu vertreten hat. Die generelle Abwälzung von Haftungsrisiken läßt sich mit der ausgewogenen Regelung der VOB nicht in Einklang bringen.

Ebenso kann die nachstehende Klausel für den Auftragnehmer zu im voraus nicht kalkulierbaren Kosten führen:

Wenn es die Bauarbeiten erforderlich machen, ist der Pumpbetrieb an Sonn- und Feiertagen sowie nachts zu den vereinbarten Einheitspreisen aufrechtzuerhalten bzw. zu überwachen.

gg. Straßenaufbruch- und -wiederherstellungsarbeiten

Meinungsverschiedenheiten zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber entstehen häufig über die Breite des Straßenaufbruchs bzw. der Straßenwiederherstellung. Aus diesem Grunde finden sich in den ZTV folgende Bestimmungen¹⁾:

1) Vgl. die ZTV Entwässerungs- und Kanalbauarbeiten mehrerer Städte im Ruhrgebiet.

Wenn durch Herstellung der Entwässerungsanlagen oder der Anschlußleitungen die alte Fahrbahndecke neben der Baugrube absinkt oder sonst beschädigt wird, sind die betreffenden Flächen - erforderlichenfalls einschließlich Oberbau - als Nebenleistung ohne zusätzliche Vergütung zu erneuern.

Die im Baustellenbereich durch den Baustellen- und Anliegerverkehr beschädigte Oberflächenbefestigung ist bei Ende der Bauarbeiten ohne besondere Vergütung wieder herzustellen.

Hier gilt ebenfalls, daß der Auftraggeber die Leistungen im Einzelfall genau beschreiben muß und sie nicht als Nebenleistung einer anderen ausgeschriebenen Leistung klassifizieren kann. Starre Regelungen führen möglicherweise zu Kostenerhöhungen für den Auftragnehmer, denn die Güte der vorhandenen Straßenbefestigung und die Art des Untergrundes müssen ebenfalls Berücksichtigung finden. Angemessen wäre daher nur eine Regelung, die den Auftragnehmer verpflichtet, diejenigen beschädigten Oberflächen kostenlos wieder herzustellen, wenn er ihre Beschädigung auch zu vertreten hat.

hh. Erdarbeiten

Der Pflichtenbereich des Auftragnehmers wird ungebührlich durch die Bedingung erweitert ¹⁾:

Der Auftragnehmer ist allein verantwortlich, daß die nach ZTVE-StB geforderten Tragfähigkeitsnachweise erreicht werden. Aus diesem Grunde ist es erforderlich, daß er bereits bei der Angebotsbearbeitung die Ausschreibungsunterlagen dahingehend prüft, gegebenenfalls

1) Wie z.B. in den ZTV für Tiefbauarbeiten einer Großstadt in Bayern.

durch Inaugenscheinnahme der Bohrprobe, inwieweit ein Bodenaustausch bzw. eine Bodenverbesserung erforderlich werden.

Der erforderliche Bodenaustausch ist in jedem Fall in die entsprechenden Aushubpositionen des LV einzurechnen.

Grundsätzlich obliegt es dem Auftraggeber, die Baumaßnahme durchzuplanen. Dazu gehört auch die Wahl der richtigen Baustoffe und die Festlegung der geforderten technischen und physikalischen Qualitätsmerkmale. Der Auftragnehmer hat dann den Beweis dafür zu erbringen, daß die von ihm gelieferten Baustoffe und die von ihm erbrachte Leistung den vom Auftraggeber aufgestellten Qualitätsanforderungen entsprechen. Das Risiko des Auftragnehmers würde unangemessen erweitert, müßte er bei der Angebotsbearbeitung solche Untersuchungen anstellen, die der Bauherr - obwohl dazu in der Lage - auszuführen scheut. Die Einrechnung eines möglichen Bodentausches in die Aushubpositionen läßt den Wettbewerb der Anbieter zur Farce werden. In einem solchen Fall muß der Auftraggeber Eventualpositionen ausschreiben.

In diesem Zusammenhang tauchen immer wieder Bestimmungen auf, die ebenfalls die Auftragnehmerseite benachteiligen ¹⁾:

Bodenarten, deren Verdichtungsfähigkeit nach dem Wiedereinbau nicht oder nur in ungenügendem Maße gegeben ist, sind dabei grundsätzlich abzufahren und durch geeignete Bodenarten zu ersetzen.

Baugrubenerweiterungen durch Schächte werden nicht besonders vergütet.

1) Vgl. die ZTV verschiedener Gemeinden in NRW und von Landesstraßenbauämtern.

Der Auftraggeber behält sich vor, bei Feststellung ungenügender Verdichtung den Graben ganz oder teilweise vom Auftragnehmer oder auf dessen Kosten ausheben, neu verfüllen und verdichten zu lassen.

Die Kosten der Durchführung des Verdichtungsnachweises gemäß ZTVE-StB, Abschnitt Nr. 4.1 werden - abweichend von der ZTVE-StB, Abschnitt 6.3.22 - nicht vergütet.

Die Bemerkungen und Ausführungen, die zu den vorangegangenen Klauseln gemacht worden sind, treffen auf diese Vertragsbestimmungen mit der gleichen Berechtigung zu, so daß auf sie nicht näher eingegangen werden muß.

ii. Abnahme, Abrechnung und Gewährleistungsfristen

Die ZTV enthalten schließlich die unterschiedlichsten Abrechnungsbestimmungen, die zum Teil die entsprechenden ATV (DIN-Normen) wiederholen bzw. abändern. Auf eine Aufzählung dieser Beispiele soll hier verzichtet werden.

Teilabnahmen werden in den ZTV zwar vorgesehen, der Eintritt der Rechtsfolgen einer Teilabnahme wird aber bis zum Tage der Schlußabnahme suspendiert. Die Gewährleistungsfristen variieren entsprechend der Art der Arbeiten zwischen 1 und 5 Jahren ¹⁾.

b. Die Technischen Bestimmungen

Zu den Zusätzlichen Technischen Vorschriften zählen auch die

1) Bei einem öffentlichen Auftraggeber findet sich eine Aufstellung über Gewährleistungsfristen für 17 verschiedene Bauleistungsarbeiten.

Ergänzungen und Änderungen der einschlägigen DIN-Normen und sonstigen Richtlinien. Die Terminologie ist unterschiedlich; einige Bauverwaltungen sprechen von ZTV, andere von Besonderen Technischen Vorschriften.

Größtenteils sind diese Bestimmungen unübersichtlich aufgebaut, weil sich aus der textlichen Darstellung nicht ergibt, ob nur der Text einer einschlägigen ZTV wiederholt wird oder ob es sich schon um eine Ergänzung bzw. Abänderung dieser ZTV handelt.

Solche Unklarheiten werden vermieden, wenn folgendermaßen - wie bei einigen Bauverwaltungen üblich ¹⁾ - verfahren wird:

Es gelten die Technischen Vorschriften und Richtlinien für die Ausführung von Tragschichten im Straßenbau (TVT 72).

Die TVT 72 werden durch folgende Zusätzliche Technischen Vorschriften ergänzt und geändert:

Betonzuschlag

Es ist ein Mineralgemisch nach der Sieblinie mit dem Größtkorn von 32,0 mm zu verwenden (DIN 1045, Bild 3).

Querfugen Querfugen sind als Scheinfugen auszubilden und in Abständen von 4,00 m bis max. 4,50 m über die gesamte Fahrbahnbreite durchlaufend in einer Tiefe von 25 bis 40 % der Tragschichtdicke anzulegen, so daß an den Längsfugen Kreuzfugen entstehen.

In anderen ZTV werden den Ergänzungen die Abschnittsnummern der zu ergänzenden Vorschriften vorangestellt, was der Übersichtlichkeit sehr zugute kommt.

1) Wie z.B. in den ZTV für Straßenbauarbeiten einer norddeutschen Großstadt.

Speziell beim U-Bahn-Bau finden sich ZTV, die sowohl technische als auch vertragsrechtliche Vorschriften ¹⁾ enthalten. Diese ZTV beinhalten umfangreiche statische und konstruktive Hinweise für die verschiedenen auszuführenden Bauleistungen. Nicht selten finden sich Bestimmungen, die in Abänderung oder Ergänzung von DIN-Normen Mindestbewehrungen, Mindestbetondeckungen, Rißbreiten, Lastannahmen, Beiwerte für dynamische Belastungen etc. vorschreiben bzw. festsetzen.

In den ZTV werden auch die zulässigen Setzungen und Verformungen der Baugrube bestimmt ²⁾.

Insgesamt läßt sich feststellen, daß diese ZTV viele Bestimmungen enthalten, die nur allgemeine technische Grundsätze oder normierte Angaben wiedergeben und deshalb überflüssig sind, die ferner nicht klar formuliert sind, weil sie Leistungsbeschreibungen enthalten oder technische Festsetzungen treffen, die nicht immer sinnvoll erscheinen ³⁾.

In der vorliegenden Arbeit können diese Bestimmungen nicht im einzelnen erklärt werden, da dies zu viel technisches Spezialwissen beinhalten und zu weit von der juristischen Fragestellung ablenken

-
- 1) Vgl. auch Pöggeler, ZTV in der Kritik, S. 15, der die Beschreibung eines U-Bahn-Loses mit 1600 Seiten Umfang erwähnt, wovon die juristischen und preisrechtlichen Vorbe-merkungen 600 Seiten betrug, und die ZTV 180 Seiten umfaßten.
 - 2) Z.T. sind diese aber übertrieben streng, vgl. Pöggeler, aaO., S. 16, mit der Klausel: Die gesamte Verformung zur Baugrube hin darf 5 mm nicht übersteigen.
 - 3) Vgl. dazu die Untersuchung der Zusätzlichen Technischen Vorschriften der Stadt Köln, Amt für Brücken- und U-Bahn-Bau durch den Bautechnischen Ausschuß der Wirtschaftsvereinigung Bauindustrie NRW, Sonderdienst Bauindustrie, Heft 5/81, S. 2 ff. Hierbei fanden sich zahlreiche Bestimmungen, die auf die Kritik der Unternehmer stießen.

würde. Ausreichend ist hier die Feststellung, daß die öffentlichen Bauverwaltungen auch durch die Festlegung technischer Vorschriften das finanzielle Risiko des Auftragnehmers ausweiten.

C. Zusammenfassung

I. Formale Feststellungen

Die Vielfalt der Vertragsbedingungen der öffentlichen Auftraggeber und das Bild, das diese Vertragstexte bieten, hat nichts von dem eingebüßt, was Daub schon im Jahre 1969 ¹⁾ als kunterbunt beschrieben hat. Die dort getroffenen Feststellungen lassen sich ohne Einschränkung auf die heute verwendeten Vertragsbedingungen übertragen, und zwar - in Ergänzung jener Untersuchung - auf alle Vertragsbestandteile, gleich ob sie rechtliche oder technische Fragen regeln.

Bei der formalen Betrachtung der Vertragsbedingungen erstaunt zuerst einmal die Tatsache der so grundverschiedenen Verhältnisse bei den öffentlichen Bauverwaltungen, denn so ziemlich alle vorliegenden Vertragswerke enthalten ZVB, BVB und ZTV. Zwar bestimmt § 10 Nr. 2 VOB/A, daß die VOB nur für die allgemein gegebenen Verhältnisse ergänzt werden kann, doch solche Hinweise ²⁾ sind selten anzutreffen. Abgesehen von einigen wenigen Be-

1) Vgl. Daub, Die Bauverwaltung 1969, S. 461 f.

2) Wie z.B. Regelungen über Hochwasserschäden bei Städten, die an der Küste oder an einem größeren Fluß liegen.

stimmungen ¹⁾ gibt es kaum Vertragsbedingungen, die einer Vertauschbarkeit der ZVB unter den einzelnen Auftraggebern entgegenstehen würden ²⁾. Die Notwendigkeit, daß die verschiedenen Bauämter einer kommunalen Bauverwaltung jeweils eigene ZVB herausgeben, muß ebenfalls bezweifelt werden. Sie läßt sich nicht mit den besonderen örtlichen Verhältnissen erklären ³⁾, sondern nur mit der unzureichenden Abstimmung zwischen den einzelnen Bauämtern.

Des weiteren läßt sich feststellen, daß über die Bedeutung des § 10 VOB/A noch große Unklarheiten bestehen. Der Sinn der dort getroffenen Gliederung ist vielfach noch nicht verstanden worden, wobei allerdings das Verständnis proportional mit der Einwohnerzahl zuzunehmen scheint ⁴⁾. Die Ursachen können darin gesehen werden, daß in kleineren Städten und Gemeinden die Vertragsbedingungen vielfach von privaten Unternehmen (Architektur- und Ingenieurbüros) ausgearbeitet werden.

Die Bezeichnung der verschiedenen Vertragsbestandteile differiert erheblich unter den einzelnen Verwaltungen ⁵⁾. Der Inhalt der Bestimmungen steht nicht mit dem in Einklang, worauf bei sachgemäßer Anwendung der VOB/A die Bezeichnung der entsprechenden Vertragsteile schließen läßt. Verwirrend tritt hinzu, daß unter den

1) Z.B. die Adresse der zuständigen Zahlungsstelle.

2) Das ist auch nur so verständlich, denn die Verhältnisse der zum Teil aneinandergrenzenden Städte des Ruhrgebietes sind in jeder Beziehung äußerst ähnlich.

3) Für die rechtlichen Folgen der Abnahme bestehen bei Hoch- oder Tiefbauarbeiten keine Unterschiede.

4) Die Vertragswerke offenbaren sich zuweilen als die gesammelten Vertragswerke anderer öffentlicher Auftraggeber, ohne daß die einzelnen Bestimmungen aneinander angepaßt worden sind.

5) Sie beginnt schon bei der Unterscheidung von Bewerbungsbedingungen (Bedingungen für die Teilnahme an der Ausschreibung) und den eigentlichen Vertragsbedingungen.

Überschriften "Baubeschreibung" oder "Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis" vertragsrechtliche Bestimmungen oder Leistungsabreden auftauchen. Hier zeigen sich die Schwierigkeiten des Aufbaus eines praxisnahen und VOB-gemäßen Bauvertrages.

Die unterschiedliche Nomenklatur und der differierende Aufbau der einzelnen Vertragswerke stellen einen Grund für die Probleme des gegenwärtigen Mißstandes im öffentlichen Auftragswesen dar. Die Vielfalt der Vertragswerke ist weder begründbar noch für den Bauunternehmer, der für viele verschiedene öffentlichen Auftraggeber arbeitet, überschaubar. Eine größere Systematisierung und Einheitlichkeit der Vertragswerke wäre daher erforderlich ¹⁾.

II. Inhaltliche Feststellungen

Bei den Bauverwaltungen von Bund und Ländern haben sich Standardisierungen in stärkerem Maße durchgesetzt als bei den kommunalen Auftraggebern, wobei der Grad der Übereinstimmung bei den rechtlichen Vertragsbedingungen höher ist als bei den technischen. Hier wirkt sich vorteilhaft aus, daß sich die staatlichen Bauverwaltungen auf einige Typen von ZVB verständigt haben, die von der Art der auszuführenden Arbeit abhängen. Auch der Einfluß der Vergabehandbücher auf eine einheitliche Form der Vertragsgestaltung läßt sich unschwer erkennen.

In inhaltlicher Sicht enthalten die Vertragsbedingungen zum einen Detailregelungen der VOB/B und Ergänzungen der technischen Vorschriften. Vom Umfang her überwiegen sie die Bestimmungen er-

1) Vgl. Seeling, ZSW 1982, S. 34 (36).

heblich, in denen die öffentlichen Auftraggeber die VOB und die technischen Vorschriften zum Nachteil des Auftragnehmers abändern¹⁾.

Dabei fällt auf - für die rechtlichen und technischen Bestimmungen gleichermaßen -, daß diese abweichenden Regelungen und die damit zusammenhängende Risikoverlagerung weder an der systematisch richtigen Stelle stehen noch eindeutig und klar formuliert sind²⁾.

Einer Rationalisierung der Vertragsabschlüsse durch Typisierung und Normung steht entgegen, wenn z.B. in ZVB VOB-Vertragsbestimmungen wörtlich wiederholt werden, denn dem Kalkulator wird dadurch der Blick verstellt, welche vertraglichen Risiken bei der Preisbildung zu berücksichtigen sind. Eine Steigerung des Risikos liegt dann vor, wenn ohne deutlichen Hinweis die einschlägigen Vorschriften abgeändert werden. Zu Widersprüchen führt schließlich, wenn die VOB-Regelung in einer anderen Formulierung Vertragsbestandteil wird, weil dabei regelmäßig die Frage auftaucht, ob hier wirklich für einen anderen Sachverhalt eine rechtliche Regelung getroffen werden soll.

Die Mehrzahl der vertragsrechtlichen Regelungen betreffen die Erweiterung der vertraglichen Pflichten des Auftragnehmers gegenüber dem in der VOB festgelegten Aufgabenbereich. Neben der Verlängerung von Fristen³⁾ und der Verschiebung der für den Auftragnehmer günstigen Rechtsfolgen⁴⁾ sowie Vergütungsregelungen stehen vor allem Risikoverlagerungen auf den Auftragnehmer im Mittelpunkt⁵⁾. Die Auftraggeber versuchen möglichst

1) Vgl. Seeling, ZSW 1982, S. 34 (36).

2) Zur Wirksamkeitsgrenze von Haftungsfreizeichnungsklauseln vgl. Graf v. Westphalen, WM 1983, S. 974 ff.

3) Z.B. Gewährleistungsfristen, Zahlungsfristen.

4) Z.B. Abnahme.

5) Vgl. auch Barnikel, Wettbewerbsbeschränkungen, WuV 1984, S. 90 (106 f.).

alle Risiken einer unvollständigen oder ungenügenden Leistungs- und Baugrundbeschreibung sowie alle Umstände, die die Bauausführung betreffen ¹⁾, dem Auftragnehmer aufzuerlegen. Solche, häufig unklaren Pflichtenerweiterungen widersprechen der VOB und können zudem zu solchen unangemessenen Benachteiligungen des Auftragnehmers führen, daß sie wegen Verstoßes gegen das AGBG unwirksam sind ²⁾.

Ebenso wie im vertragsrechtlichen Bereich so läßt auch im technischen Bereich eine Standardisierung zu wünschen übrig. Bestimmte Arbeiten, vor allem im Straßen- und Ingenieurbau, werden in den Gemeinden unterschiedlich ausgeführt, dem die ZTV Rechnung tragen müssen. Andererseits finden sich viele Vorschriften, die z.B. die von der Forschungsgesellschaft (FGSV) erarbeiteten Richtlinien abändern, indem sie die Qualitätsanforderungen heraufsetzen. Hier bestehen häufig Zweifel an der Notwendigkeit solcher ZTV.

Daneben findet man in den ZTV eine Vermischung von rechtlichen und technischen Bestimmungen, die Anlaß zur Kritik gibt, da sie der VOB-Regelung in § 10 VOB/A widerspricht. In den ZTV und nicht in den entsprechenden LV-Positionen wird der Umfang der Leistung festgelegt. Das Risiko des Auftragnehmers läßt sich so nicht erfassen, ein Vergleich der verschiedenen Preisangebote nicht durchführen. Zudem besteht die Gefahr, daß die ZTV mit den allgemein anerkannten Regeln der Technik nicht in Einklang stehen

1) Z.B. Überprüfungspflichten, Witterungseinflüsse, Umweltschutzmaßnahmen.

2) Solche Klauseln wurden in der Untersuchung vorrangig aufgeführt, allerdings gibt es daneben noch zahlreiche Klauseln, die zwar der VOB widersprechen, doch zivilrechtlich betrachtet, keine unangemessenen Klauseln darstellen.

und damit zu einem beträchtlichen Haftungsrisiko für beide Vertragsparteien führen können ¹⁾. Neben der Ausgewogenheit der vertragsrechtlichen Bestimmungen ist bei den technischen Vorschriften vor allem eine Einschränkung auf das unbeschränkt notwendige Maß und die Objektbezogenheit zu fordern.

§ 5

Folgerungen für die Kontrolle der Bauverwaltung

A. Problem der mangelnden Vertragsgerechtigkeit

Als Fazit der empirischen Untersuchung konnte festgehalten werden, daß die Bauverträge der öffentlichen Hand mit dem privaten Unternehmer durch die Unausgewogenheit der vertraglichen Pflichten gekennzeichnet sind. Es fragt sich daher, wie diese Rechtsfolgen unter dem Gesichtspunkt der Gemeinschaftsverträglichkeit des Vertragsinhaltes zu bewerten sind ²⁾.

-
- 1) Vgl. Soergel, ZTV in der Kritik, S. 45 (Diskussionsbeitrag).
 - 2) Vgl. Schmidt-Salzer, Grundfragen des Vertragsrecht im Zivil- und Verwaltungsrecht, NJW 1971, S. 5 (8).
 - 3) Vgl. Schmidt-Salzer, ebd.

Die Richtigkeitsgewähr des Vertragsmechanismus ¹⁾ unterliegt einer funktionellen Begrenzung, nämlich der, daß beide Parteien tatsächlich die Möglichkeit haben, ihre Interessen bei den Vertragsverhandlungen zu schützen ²⁾. Der Vertragsmechanismus bietet eine Gewähr für die Richtigkeit des Vertragsinhaltes nur in den Grenzen seiner Funktionsfähigkeit ³⁾. Wo der einzelne nicht in Selbstbestimmung seine Interessen wahrzunehmen vermag, muß die Rechtsordnung Mittel und Wege finden, den gerechten Ausgleich herzustellen ⁴⁾. Hierfür bietet sich das Kriterium der Vertragsgerechtigkeit an.

Gerechtigkeit ist ein Postulat unserer Rechtsordnung; dies schließt auch die Gerechtigkeit des individuellen Vertrages ein, wo die Selbstbestimmung des einzelnen nicht mehr gewährleistet ist ⁵⁾. Ausgehend von der ausgleichenden Vertragsgerechtigkeit (objektives Äquivalenzprinzip) hat sich die Vertragsgerechtigkeit erst in Zusammenhang mit der gerechten Verteilung der mit dem Verträge verbundenen Lasten und Pflichten zu einem Leitprinzip unserer Rechtsordnung - neben dem Prinzip der Privatautonomie - entwickelt.

Vertragsgerechtigkeit wird zum beherrschenden Element eines Rechtsverhältnisses, wenn zwischen den Vertragspartnern eine gleichwertige Ausgangsposition nicht vorliegt, wenn also sich nicht zwei wirtschaftlich gleich starke Partner gegenüber stehen: hier wird dann freies Aushandeln der Vertragsbedingungen ersetzt

1) Vgl. Schmidt-Salzer, aaO., S. 173.

2) Vgl. Schmidt-Salzer, ebd.

3) So Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessensausgleich, S. 31 f.

4) Vgl. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 33; Larenz, Allg. Schuldrecht, S. 40; L. Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, S. 129.

durch einseitige Stärkung der Rechtsposition und durch Aufbürdung der Geschäftsrisiken auf den wirtschaftlich schwächeren Partner ¹⁾. Solche abweichenden Vereinbarungen werden nicht mehr von der freiwilligen Selbstbestimmung der beiden Parteien getragen, sondern dem einen Vertragspartner aufgezwungen ²⁾.

Im Rechtsverkehr ist die Erscheinung der einseitigen Diktion der Vertragsbedingungen durch einen Vertragspartner vor allem da anzutreffen, wo es um die Abwicklung von Massenverträgen geht und wo das Gesetz die Lebens- und Sachbereiche nicht oder nicht ausreichend geregelt hat ³⁾.

Vertragsgerechtigkeit kann einmal in einem gerechten Ausgleich des Gesamtvertrages liegen, aber auch in einem gerechten Interessensausgleich der einzelnen Vertragsbedingungen. Hierbei handelt es sich um die Verteilung der vertraglichen Nebenrechte und -pflichten nach Gesichtspunkten sachlicher Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit und entsprechend dem Wert der jeweils miteinander konkurrierenden Interessen der Beteiligten ⁴⁾. Dort wo eine Regelung unter Beeinträchtigung der Selbstbestimmung eines Partners getroffen wird, wenn also die Vertragsfreiheit rechtmißbräuchlich

1) Vgl. MünchKomm, AGBG, Einl. Rn 2 ff.; Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG, Einl. Rn 6 ff.; Kirchhof, Verwalten, S. 334, spricht von der Reduzierung der Vertragsfreiheit auf die Abschlußfreiheit.

2) Ulmer-Brandner-Hensen, aaO., Rn 5; Weick, Standardbedingungen, S. 247.

3) Solche Vertragsbedingungen können dabei auch positive Funktionen ausüben wie die Rationalisierung der Geschäftsabwicklung, die rechtliche Ordnung des betreffenden Lebens- und Sachbereiches, die Bestimmung und Kalkulierbarkeit der Geschäftsrisiken. Dies gilt für das Baugewerbe, das Speditionsgewerbe, den Kfz-Handel usw. gleichermaßen.

4) Vgl. Wolf, Entscheidungsfreiheit, S. 33; Nicklisch, Risikoverteilung, S. 737 ff.

genutzt wird, um einseitige Vereinbarungen durchzusetzen, setzt die Ordnungsaufgabe des Rechts ein ¹⁾.

Zur Wiederherstellung der Vertragsfreiheit hat die Rechtsordnung verschiedene Modelle entwickelt ²⁾:

- Kontrolle der einseitig aufgestellten Geschäfts- bzw. Vertragsbedingungen durch die Genehmigung dieser Bestimmungen ³⁾;
- Bekämpfung von Auswüchsen einer einseitig beanspruchten Vertragsautonomie durch Verbot von unangemessenen, unbilligen oder mißbräuchlichen Regelungen ⁴⁾;
- Vertragsgerechtigkeit durch Gruppenautonomie, d.h. die Ungleichgewichtigkeit der Vertragspartner auf der Ebene des Einzelvertrages wird durch Gleichgewichtigkeit der Vertragspartner auf einer übervertraglichen kollektiven Ebene auszugleichen versucht, wie es im Bereich des Arbeitsrechts in der Form der Tarifverträge praktiziert wird.

Kennzeichnend für diese Modelle ist das Streben nach ausgeglichenen Vertragsbedingungen, wobei dies durch die positive Gestaltung der Vertragsbedingungen (präventives Modell) als auch durch die gerichtliche Kontrolle der Vertragsbedingungen (repressives Modell) erreicht werden kann. Im folgenden soll nun untersucht werden, inwieweit sich diese Modelle für die Kontrolle der Bauverwaltung nutzbar machen lassen.

1) So Wolf, ebd.

2) Vgl. Nicklisch, Rechtsprobleme, S. 5 f.

3) Z.B. das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen; vgl. Scholz, NJW 1972, S. 1217 ff.

4) Z.B. das AGB-Gesetz

B. Lösungsmodelle

I. Repressive Kontrollmodelle

Die Diskussion darüber, wie die innere Vertragsgerechtigkeit des Bauvertrages auch in den Fällen herzustellen ist, in denen die öffentlichen Auftraggeber aufgrund ihrer Marktposition in der Lage sind, ohne sachlichen Grund in Abweichung von der VOB/B Vertragsrisiken auf die Auftragnehmer abzuwälzen ¹⁾, muß bei der Frage einer gesetzlichen Regelung des Vergabewesens ansetzen.

1. Vergabegesetz

Es hat in der Tat nicht an Versuchen gefehlt, der VOB durch ein Gesetz stärkere Verbindlichkeit zu geben ²⁾. Zwei Gesichtspunkte standen dabei im Vordergrund der Überlegungen: Die VOB sollte für alle öffentlichen Auftraggeber und für alle mit öffentlichen Mitteln finanzierte Objekte für verbindlich erklärt werden ³⁾. Aus rechtsstaatlichen Überlegungen heraus bedürfe das Handeln der Verwaltung gerade auch bei der Leistungsverwaltung der Meßbarkeit und Vorhersehbarkeit. Dies könne sich nur anhand eines formellen Vergabegesetzes erreichen lassen, denn damit würde dem Verwaltungshandeln eine stärkere Bindung auferlegt, als es durch Verwaltungsvorschriften der Fall sei ⁴⁾.

1) Vgl. Nicklisch, Rechtsprobleme, S. 6.

2) Vgl. Nicklisch, aaO., S. 5; Weick, Standardbedingungen, S. 61 f.; Kunert Bedarfdeckungsgeschäfte S. 140 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen.

3) Vgl. Antrag der CDU-CSU-Fraktion im Bundestag vom 20.3.1952, BT-Dr 1/3139, zit. nach Nicklisch, Rechtsprobleme, S. 5 Fn 49.

4) Vgl. Kunert, Bedarfdeckungsgeschäfte, S. 142 f. mit weiteren Nachweisen.

Ohne Berücksichtigung der Tatsache, daß nach einhelliger Meinung ¹⁾ eine gesetzliche Regelung der VOB nicht mehr akut ist, sind bezüglich der Vorteile einer solchen Maßnahme erhebliche Zweifel angebracht, wenn man sich die Ursache des gegenwärtigen Mißstandes noch einmal vergegenwärtigt: Es geht nicht um Anwendung oder Nichtanwendung der VOB seitens der öffentlichen Auftraggeber; denn sie ist für Bund, Länder und Gemeinden durch Verwaltungsvorschrift zwingend vorgeschrieben ²⁾. Entscheidend ist vielmehr die Tatsache, daß die Verwaltung die ihr in der VOB eingeräumten Möglichkeiten der ergänzenden Vertragsbestimmungen einseitig, d.h. zum Nachteil des Auftragnehmers ausübt, ohne daß geeignete Kontrollmaßstäbe bestehen, an denen die "Rechtsetzung" überprüft werden könnte. Solche Mißstände vermag auch ein Vergabegesetz nicht auszuschließen. Abgesehen von den Fragen der Gesetzeskompetenz ³⁾ liegen die Probleme vor allem in der konkreten inhaltlichen Ausgestaltung des durch die VOB vorgegebenen Rahmens, nämlich der konkreten Abwicklung des einzelnen Bauvertrages ⁴⁾.

Dabei bedarf es im Einzelfall einer Ergänzung der VOB, die sich in vertragsrechtlicher aber noch stärker in technischer Hinsicht in dieser Ausführlichkeit einer gesetzlichen Regelung entzieht ⁵⁾.

1) Siehe Weick, Standardvertragsbedingungen, S. 61.

2) Vgl. oben § 2 Kap. A II 3; ferner Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241 (246); Ingenstau-Korbion, VOB/B Einl. Rn 25.

3) Für ein Bundesvergabegesetz ist die Kompetenz aus Art. 74 Nr. 11 GG sehr zweifelhaft, vgl. dazu näher Kunert, aaO., S. 146 f. da es sich bei der Vergabe in erster Linie um Verwaltungsverfahren handelt, wären jeweils Landesvergabegesetze zu verabschieden.

4) Vgl. Kunert, Bedarfdeckungsgeschäfte, S. 143, der die Starrheit einer gesetzlichen Regelung damit verteidigt, daß sie aus rechtsstaatlichen Gründen erwünscht sei.

5) Dieser Aspekt kommt bei Kunert, aaO., S. 144 zu kurz.

Zudem hätte ein Vergabegesetz für den betroffenen privaten Auftragnehmer nur dann einen Vorteil, wenn ihm daraus ein materielles Recht auf subjektiven Rechtsschutz erwachsen würde ¹⁾. Die Effektivität der Durchsetzung von Rechtsansprüchen muß aber als sehr begrenzt beurteilt werden ²⁾.

Der Blick soll nun auf die Kontrollinstrumente geworfen werden, mit denen die innere Vertragsgerechtigkeit des Bauvertrages erreicht werden soll.

2. Zur Anwendung kartellrechtlicher Maßnahmen

In neuerer Zeit ist die Frage der Kontrolle der öffentlichen Auftraggeber durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) wieder stärker in das Interesse gerückt ³⁾.

1) Vgl. dazu ebenfalls Kunert, aaO., S. 142; Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241 (246).

2) Siehe oben § 3 Kap. C III.

3) Vgl. dazu die Aussage des Bundeskartellamtes, sich in Zukunft verstärkt um die Beseitigung von Mißbräuchen durch öffentliche Vergabestellen zu bemühen, in Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes, BT-Dr 9/565, S. 38 f.; Schlenke, Die Bauwirtschaft 1981, S. 1128 f.; Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241 (248); Kartte, Verstöße gegen den guten Geist, Der Gemeinderat 1981, Heft 11, S. 5; Riechmann, Wettbewerbliche Probleme bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand, insbesondere der Gemeinden, AfK 1983, S. 226 (235 f.); Bornikel, Wettbewerbsbeschränkungen in der Bauwirtschaft, WuV 1984, S. 90 ff.; zur Anwendung des Kartellrechts durch das Bundeskartellamt in den Jahren 1981/82 vgl. Rinert, DB 1983, S. 1857 ff. (1959).

Dem Schutz des Wettbewerbs als einem marktwirtschaftlichen Ordnungsprinzip ¹⁾ dient das GWB. Darüber, ob dieses Gesetz auch den Staat als Nachfrager nach Bauleistungen reglementiert, hat sich bis heute weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung eine klare Meinung herausgebildet ²⁾.

§ 98 Abs. 1 GWB schließt Unternehmen der öffentlichen Hand in seinen Anwendungsbereich zwar ein, jedoch stellt sich dann sogleich das Problem der Definition des Unternehmensbegriffes. Eine ausführliche Untersuchung würde zu weit vom Thema abführen, weswegen nur einige Argumente stichwortartig erwähnt werden sollen.

-
- 1) Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 281, mit weiteren Nachweisen.
 - 2) Vgl. ausführlich Pietzcker, Staatsauftrag, S. 373 ff.; ders., Rechtsbindungen, S. 74 ff.; hierzu auch neuerdings M. Lehmann, Zur kartell- und wettbewerbsrechtlichen Kontrolle der Nachfragemacht im Zusammenhang mit der Vergütung von Architektenleistungen nach der HOAI, BauR 1984, S. 97 ff.

Die Unternehmenseigenschaft des Staates wird mit den Argumenten verneint, daß nur bei voller Marktteilnahme durch Erwerb und Wiederveräußerung sei GWB anwendbar sei, wohingegen staatliche Bedarfdeckungsgeschäfte sich allein durch die Nachfrage nach Gütern auszeichnen ¹⁾. Der seinen Bedarf deckende Staat tritt quasi als Verbraucher am Markt auf; seine Stellung kommt der eines Letztverbrauchers nahe, auf den das GWB keine Anwendung findet ²⁾. Das unternehmerische Handeln des Staates läßt sich nicht isoliert von seiner verwaltungsrechtlichen Tätigkeit betrachten. Sie wird nicht vom GWB erfaßt, denn sie stellt keine Marktteilnahme dar ³⁾.

Die öffentliche Hand von den Bindungen des GWB auszunehmen, würde bedeuten, den Gesetzeszweck zu ignorieren. Der Schutz des Wettbewerbes als marktwirtschaftlicher Ordnungsidee würde negiert werden, wenn gerade der Staat als einer der größten Nachfrager nach wirtschaftlichen Leistungen überhaupt sich diesem Instrumentarium entziehen könnte. Der Mißbrauch wirtschaftlicher Macht muß schwerwiegende Folgen für das gesamte Wirtschaftssystem heraufbeschwören, so daß dem nur durch strikte Anwendung des GWB-Gesetzes wirkungsvoll begegnet werden kann ⁴⁾.

1) So Kunert, Bedarfdeckungsgeschäfte, S. 155 mit weiteren Nachweisen.

2) Pietzcker, Staatsauftrag, S. 376.

3) Pietzcker, aaO., S. 374

4) Vgl. Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98 Abs. 1 Rn 47 ff.; ausführlich Scholz, Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 1969, S. 97 ff.; Rittner, Wirtschaftsrecht, S. 284 f.; Lehmann, Gewerbeschädigende Äußerungen und diskriminierende Maßnahmen der öffentlichen Hand unter besonderer Berücksichtigung der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 62 ff.

Die Unternehmerqualität des Staates ist daher selbst dann zu bejahen, wenn er nur auf einer Seite des Marktes auftritt. Die Verfolgung öffentlicher Ziele im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung des Staates kann nur dann zu einer Befreiung von den Wettbewerbsregeln führen, wenn andernfalls ein Gesetzesverstoß unumgänglich wäre ¹⁾.

Die öffentliche Nachfrage nach Bauleistungen unterliegt somit der Überprüfung auf mißbräuchliche Verhaltensweisen, wobei als einschlägige Rechtsvorschriften die §§ 26 und 22 GWB in Frage kommen ²⁾.

Beide Bestimmungen setzen auf der Tatbestandsseite voraus, daß die öffentliche Bauverwaltung eine marktbeherrschende Position innehat. Dies wird beim Fehlen wesentlichen Wettbewerbes oder bei einer überragenden Marktstellung vermutet ³⁾. Die Feststellung der Marktbeherrschung erfordert mithin die Beschreibung des jeweiligen relevanten Marktes, was eine Bestimmung der Marktverhältnisse in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht bedingt.

Bezogen auf die Marktverhältnisse des Baumarktes läßt sich eine solche Marktanalyse jeweils nur für eine bestimmte Bauleistung erstellen, weil infolge der Spezialisierung im Bauwesen, insbesondere im Ingenieur- und Brückenbau, der Markt variiert. Da ein Bauunternehmen selten nur auf andere Produkte oder Absatzwege ausweichen kann und auch in räumlicher Hinsicht auf das Einflußgebiet der Auftraggeber beschränkt ist, sind als relevanter Markt Stadt- und Landkreis denkbar ⁴⁾.

1) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, S. 29f.

2) Vgl. Bundeskartellamt, BT-Dr 9/565, S. 38 f.

3) Kritisch in bezug auf kommunale Vergabestellen wegen ihres beschränkten Wirkungsbereichs, Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241 (248).

4) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, S. 165.

Im Rahmen der Durchsetzung rechtlicher und technischer Bestimmungen kann die Tätigkeit der fiskalischen Bauverwaltung den Tatbestand des § 26 Abs. 3 GWB erfüllen ¹⁾. Danach ist es den Auftraggebern verboten, ihre Marktmacht zu dem Zwecke einzusetzen, andere, von ihnen abhängige Unternehmen zur Gewährung von Vorzugsbedingungen zu veranlassen. Im Rahmen der Untersuchung hat sich gezeigt, daß manche öffentliche Auftraggeber ihre Nachfragemacht sehr wohl dazu benutzen, Haftungs- und Geschäftsrisiken auf den Vertragspartner abzuwälzen. Der Auftragnehmer hat nur die Möglichkeit, zu diesen ihm auferlegten Geschäftsbedingungen zu kontrahieren oder auf das Geschäft zu verzichten ²⁾.

Dem Schutz des Anbieters von Bauleistungen durch den potenten öffentlichen Nachfrager dient auch die Vorschrift des § 22 Abs. 4 Satz 2 Nr. 2 GWB. Sie erfaßt den Mißbrauch beim Fordern von Geschäftsbedingungen durch marktbeherrschende Nachfrager, die die Vorteile und Risiken ganz einseitig zugunsten des marktbeherrschenden Auftraggebers verteilen ³⁾.

Als Rechtsfolgen bei mißbräuchlichem Verhalten von marktbeherrschenden Bauverwaltungen sieht das GWB bei erfolgloser Abmahnung eine Untersagungsverfügung nach § 22 Abs. 5 bzw. § 26 Abs. 3 i.V.m. § 37 a Abs. 2 GWB vor sowie die Unwirksamkeitserklärung der Verträge durch das Kartellamt.

-
- 1) Ein Boykottaufruf nach § 26 Abs. 1 GWB scheidet aus. Ein Behinderungs- und Diskriminierungsverbot nach § 26 Abs. 2 liegt in der Regel nicht vor, denn die öffentlichen Auftraggeber behindern weder andere öffentliche Auftraggeber, noch behandeln sie die Auftragnehmer unterschiedlich.
 - 2) Siehe dazu Schlenke, Die Bauwirtschaft 1981, S. 1133.
 - 3) Z.B. exzessive Vertragsstrafen, die die Deutsche Bundesbahn von ihren Vertragspartnern bei Beteiligung an Submissionskartellen fordert, vgl. Monopolkommission, 4. Hauptgutachten, BT-Dr 9/1892, Tz 502, 506.

Den Kartellbehörden steht ferner mit § 1 i.V.m. § 38 Abs. 1 Nr. 11 GWB der Weg offen, um die zahlreichen Empfehlungen, Erlasse, Richtlinien und Vertragsunterlagen der Bundesministerien zu erfassen, die durchwegs den Zweck verfolgen, das Vorgehen der Bundes- und Landesbehörden bei der Nachfrage nach bestimmten Gütern oder Leistungen zu koordinieren ¹⁾.

Bei der Durchsetzung der Vorschriften des GWB offenbaren sich Schwierigkeiten, die vor allem auf der Ebene der Tatsachenforschung liegen. Die kartellbehördlichen Verfahren erfordern vielfach umfangreiche und äußerst langwierige Ermittlungen ²⁾. Auf der anderen Seite sind die Bauunternehmer kaum bereit, konkrete Angaben über das Verhalten der Marktgegenseite zu machen ³⁾. Die Einleitung eines Mißbrauchsverfahrens steht nach h. M. im Ermessen der Kartellbehörden; ein Antragsrecht betroffener Dritter wird überwiegend abgelehnt ⁴⁾.

Inwieweit den Mißbräuchen durch öffentliche Vergabestellen mit Hilfe des GWB begegnet werden kann, bleibt abzuwarten; ein wirkungsvolles Instrumentarium wäre jedenfalls vorhanden ⁵⁾.

-
- 1) Vgl. Immenga/Mestmäcker, GWB, § 98 Abs. 1 Rn 24 f.
 - 2) Vgl. Schlenke, Die Bauwirtschaft 1981, S. 1128; ebenfalls Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241 (248).
 - 3) Vgl. Maier-Mannhardt, Süddeutsche Zeitung v. 7.5.83, wonach das Kartellamt bei dem z.Zt. laufenden Mißbrauchaufsichtsverfahren gegen die DB wegen eklatanter Verstöße gegen die VOB bei Gleisbauarbeiten eine Auskunftsverfügung gegen die betreffenden Unternehmen erlassen mußte, um die Mauer des Schweigens zu durchbrechen, die diese aus Angst vor künftigen Konsequenzen aufgebaut haben.
 - 4) Vgl. Emmerich, Kartellrecht, S. 191.
 - 5) Zur Frage zulässiger Wettbewerbsbeschränkungen (durch VOB-Konditionenkartelle, Kalkulationsbüros, Rationalisierungskartelle) siehe Barnikel, Wettbewerbsbeschränkungen, WuV 1984, S. 90 (109 ff.).

3. VOB-Stellen

Möglichen Verstößen der öffentlichen Auftraggeber gegen die VOB vorzubeugen, haben sich die VOB-Stellen zum Ziel gesetzt. Aufgrund einer Empfehlung der Arbeitsgruppe "Vergabeverfahren - Anwendung der VOB" haben der Bundesminister für Wirtschaft und der Bundesminister für Raumordnung, Bauwesen und Städtebau den Ministerpräsidenten der Länder die Einrichtung von VOB-Stellen mit Schreiben vom 12.8.1976 nahegelegt ¹⁾.

Die VOB-Stellen, die in der Regel bei den Regierungen angesiedelt sind ²⁾, setzen sich aus Beamten des gehobenen und höheren Dienstes zusammen. Die meisten Anfragen an die VOB-Stellen betreffen die Vergabe- und Abrechnungsvorschriften, von denen die weitaus größte Anzahl mündlich erfolgt und ebenso erledigt wird ³⁾. Der Sachverhalt wird von den VOB-Stellen ermittelt, sachlich geprüft und neben den Beschwerdeführern und -gegnern gegebenenfalls auch den zuständigen Aufsichtsbehörden mitgeteilt.

-
- 1) Als Begründung wurde angeführt, daß die VOB insbesondere im kommunalen Bereich nicht immer ausreichend beachtet wurde und risikoverschiebende Abweichungen von der VOB zu beobachten seien. Wegen zu befürchtender Diskriminierung des Bieters unterblieben Beschwerden oder blieben wirkungslos, weil sie beispielsweise häufig bei der unzuständigen Stelle eingebracht werden und deshalb vor Ablauf der knappen Zuschlagsfristen nicht rechtzeitig beantwortet werden können. Die Enquete über die Bauwirtschaft hatte ebenfalls die Einrichtung von VOB-Beratungsstellen empfohlen; vgl. Jahrbuch des Deutschen Baugewerbes 1977, S. 142.
 - 2) Über den organisatorischen Aufbau der VOB-Stellen siehe Jahrbuch des Deutschen Baugewerbes 1979, S. 84 ff.; ferner Mahler, Bauleitung, S. 108 ff.
 - 3) An die VOB-Stelle bei der Regierung von Oberbayern wurden - lt. Auskunft - im Jahre 1982 ca. 700 mündliche und 200 schriftliche Anfragen gestellt.

Inzwischen hat sich herausgestellt, daß die VOB-Stellen zwei Schwachpunkte haben, von denen einer organisationsbedingt, der andere materiellrechtlich begründet ist ¹⁾. Die Sachbearbeitung in den einzelnen Bundesländern wurde - insbesondere um Personal zu sparen - an bestehende Ressorts angegliedert, so daß die VOB-Stellen ihren Aufgaben nicht in dem von der Bauindustrie gewünschten Ausmaß nachkommen konnten. Nachteilig im Sinne der o.g. Zielsetzungen erweist sich ferner der Umstand, daß die VOB-Stellen keine unmittelbare Weisungs- oder gar Vollzugsbefugnis haben, so daß nur mittelbar über die Einschaltung der zuständigen Aufsichts- oder Bewilligungsbehörde gegen die VOB-widrig handelnde Behörde vorgegangen werden kann ²⁾. Diese indirekte Möglichkeit der Einflußnahme läßt sich nur in einzelnen Bundesländern tatsächlich praktizieren; Gegenmaßnahmen können nur über die Kürzung oder Streichung bereits bewilligter Mittel ergriffen werden.

Der Wunsch der Bauindustrie, die VOB-Stellen mit eigenen Kompetenzen und Weisungsbefugnissen auszustatten, um schnelle und effektive Abhilfe zu schaffen, läßt sich aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht verwirklichen.

-
- 1) Vgl. ausführlich dazu Marbach, Die VOB-Prüfstellen - eine Zwischenbilanz, Die Bauwirtschaft 1981, S. 1869 ff.; Wiegand, Die Bauwirtschaft 1980, S. 616 ff.; Weick, Standardbedingungen, S. 225 f.; Walther, Auftragsvergabe, S. 227 ff.; kritisch zu den VOB-Stellen vor allem im Hinblick auf den Versuch der einseitigen Interessendurchsetzung, Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241 (247).
 - 2) Vgl. Marbach, aaO., S. 1862.

4. Zur Anwendung des AGB-Gesetzes

Neben diesen teilweise praktizierten Lösungsversuchen dem Handeln der Bauverwaltung Schranken aufzuerlegen, bietet sich vor allem das AGB-Gesetz an, die Bauverträge der öffentlichen Hand zu überprüfen ¹⁾.

Eine Betrachtungsweise, die vom Zuschnitt eines zweiseitigen Personenverhältnisses ausgeht, erweist sich allerdings zu eng ²⁾. Die Bauvertragsbedingungen lassen sich insbesondere durch Inkorporation der VOB nicht als ein Vertragswerk zweier Parteien begreifen, sondern bei ihrer gerichtlichen Überprüfung muß den komplizierten ineinandergreifenden Beziehungen vieler Beteiligten - vor allem bei größeren Bauprojekten - Rechnung getragen werden ³⁾. Ein solches Normenwerk muß sich einem weiteren Horizont anpassen ⁴⁾.

Die Zielsetzung und die Ergebnisse der mit den Bauvertragsbedingungen versuchten gemeinschaftlichen Standardisierung stehen mit der streng einseitigen Aufstellung und inhaltlichen Ausrichtung der AGB nicht in Einklang. Bei der Beurteilung der Vertragsbestimmungen muß daneben die Macrofunktion ⁵⁾ der öffentlichen Auftragsvergabe berücksichtigt werden. Die wirtschaftliche und soziale Zielrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe wird von dem AGB-Gesetz nicht erfaßt, da dieses auf ein rein privatrechtliches

1) Vgl. Nicklisch, Rechtsprobleme, S. 6 ff.; Soergel, Die Bauwirtschaft 1980, S. 280 ff.; Zuleeg, Rechtsschutz, WuV 1984, S. 112 (123).

2) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 253.

3) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 253; dazu auch die Kritik von Weick, aaO., S. 232, an der höchstrichterlichen Rechtsprechung, die den öffentlichen Einschlag der Standardvertragsbedingungen nur schwach zum Ausdruck bringt.

4) Vgl. Weick, aaO., S. 253 f.

5) Siehe oben § 1 Kap. B 1 2 a.

Rechtsverhältnis zugeschnitten ist. Die die Verwaltung bindenden Vorschriften des öffentlichen Rechts und die Bedeutung der öffentlichen Auftragsvergabe im Rahmen der Gesamtwirtschaft stecken einen Kontrollrahmen ab, der über den des AGB-Gesetzes hinausreicht. Die Ausgestaltung der vertraglichen Beziehungen kann schließlich auch nicht losgelöst von den übrigen Vertragsbedingungen der Auftraggeber betrachtet werden.

Die Kontrolle der Bauverwaltung muß den Bauvertrag in seiner Gesamtheit erfassen; dazu gehören auch die technischen Vorschriften. Das AGB-Gesetz kann diesbezüglich keinen Lösungsbeitrag leisten. Eine umfassende Kontrolle des öffentlichen Bauvertrages vermag das AGBG nicht zu gewährleisten. Trotzdem kann auf das AGB-Gesetz als einen Kontrollmaßstab nicht verzichtet werden, weil es als konkreter Beurteilungsmaßstab für die Frage herangezogen werden kann, inwieweit die vertraglichen Beziehungen in ihrem Gerechtigkeitsgehalt mit den Regeln des dispositiven Rechts übereinstimmen.

5. Meinungsverschiedenheiten bei Verträgen mit Behörden (§ 18 Nr. 2 VOB/B)

Meinungsverschiedenheiten zwischen Auftragnehmern und Behörden vorzubeugen, ist das Ziel des Verfahrens gem. § 18 Nr. 2 VOB/B. Der Auftragnehmer soll danach zunächst die dem Auftraggeber unmittelbar vorgesetzte Dienststelle anrufen¹⁾. Der Auftragnehmer

1) Darauf, daß diese Vorschrift auf den kommunalen Bereich nicht paßt, weist Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241 (244) Fn 23 zutreffend hin.

kann die Entscheidung entweder anerkennen oder dagegen Einspruch erheben ¹⁾. Dieses Verfahren ähnelt dem Widerspruchsverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO. Die Nachteile dieses Schlichtungsverfahrens wie fehlende bindende Entscheidung, Verfahrensdauer, Praxisnähe und Ausgewogenheit führten schließlich auch zur Errichtung der VOB-Stellen.

6. Fazit

Die Wiederherstellung der Vertragsgerechtigkeit beim Bauvertrag der öffentlichen Auftraggeber mit den privaten Auftragnehmern läßt sich mit den vorgenannten Lösungsmodellen nur unzureichend bewerkstelligen ²⁾. Die Ausformung der konkreten Vertragsbedingungen kann nicht isoliert von der staatlichen Beschaffungstätigkeit gesehen werden: Die Grenzen und die Rechtsbindungen der öffentlichen Verwaltung in privater Rechtsform bestimmen die Vertragsfreiheit und damit die konkrete Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen mit den Auftragnehmern.

Für die Beschaffungstätigkeit der Bauverwaltung - und für die Kontrolle der in den Vertragsbedingungen enthaltenen einseitigen Regelungen - war oben ³⁾ schon die Feststellung getroffen worden, daß das staatliche Handeln auch in der Form der Bedarfsdeckung der rechtsgebundenen Leistungsverwaltung angehört und den Rechtsbindungen der öffentlichen Verwaltung unterliegt.

1) Über die zivilrechtlichen Folgen der Anerkennung bestehen Unklarheiten, siehe Weick, Standardbedingungen, S. 225; Kaiser, BB 1978, S. 1548 ff.; zum Ganzen ausführlich Nicklisch/Weick, VOB, § 18 Rn 12 ff.

2) Kritisch generell hierzu, das fiskalische Verwaltungshandeln mit juristischen Maßstäben in den Griff zu bekommen, Weissenberg, Öffentliche Aufträge, DB 1984, S. 2285 (2289 f.).

3) Vgl. § 2 Kap. B II (S. 46 ff.).

Entsprechend der Natur der Fiskalverwaltung lassen sich die Kontrollmaßstäbe nicht eindeutig öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Rechtssätzen zuordnen; vielmehr sind die privatrechtlichen Rechtssätze durch öffentlich-rechtliche Bindungen zu überlagern, soweit sie ihrem Sinn nach auch für das Handeln mit den Mitteln des Privatrechts Geltung beanspruchen ¹⁾. Der Umfang der Bindungen und damit die Kontrollmaßstäbe lassen sich nur aus der Eigenart der jeweiligen staatlichen Verwaltungstätigkeit bestimmen. Diese Kriterien gilt es im folgenden für die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand im Bauwesen zu entwickeln.

7. Kontrollmaßstäbe

Die Kriterien, denen das Handeln der Bauverwaltung genügen muß, ergeben sich aus den die Verwaltung bindenden Vorschriften der Verdingungsordnung und des Haushaltsrechts sowie dem öffentlichen Gemeinwohl.

a. Vertraglicher Interessensausgleich

Der Ausgangspunkt für den Interessensausgleich liegt in der VOB. Die VOB ist ein für die öffentliche Hand bindendes und von allen Seiten (Auftragnehmer, Auftraggeber und sonstigen Beteiligten wie Architekten, Ingenieuren und Subunternehmer) als gerecht aner-

1) Vgl. v. Zezschwitz, DVBl. 1983, S. 686 (687); Pietzcker, Staatsauftrag, S. 372; Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (425 f.).

kanntes ¹⁾ Vertragswerk. Die Verdingungsordnung begründet die Vertragsbasis für den gegenseitigen Austausch von Leistungen. Die VOB verfolgt das Ziel, Vertragsgerechtigkeit zu schaffen und Rechtsmißbrauch vorzubeugen. Die öffentliche Hand darf daher ihre Machtposition bei der Auftragsvergabe nicht einsetzen, um einseitig - um Nachteil des Vertragspartners - fiskalische Interessen durchzusetzen ²⁾.

Die Regeln der Verdingungsordnungen wollen nicht allein den Besonderheiten des Baumarktes Rechnung tragen, sie erstreben ebenso einen Interessenschutz für die Auftragnehmer gegenüber dem mächtigen Auftraggeber Staat an, wie sich aus der Entstehungsgeschichte der VOB ergibt ³⁾. Nicht die einzelnen Interessen der Vertragspartner bestimmen die gegenseitigen Rechte und Pflichten, sondern alle Beteiligten haben sich zugunsten eines planmäßigen und reibungslosen Ablaufes des Bauprojektes unterzuordnen. Für die Bauverwaltung bedeutet das, daß ihre Interessen nicht mit anderer Gewichtung zu berücksichtigen sind als die der anderen Beteiligten; erst eine Abwägung der Rechtsgüter im konkreten Einzelfall bestimmt die Rechtsfolge.

b. Chancengleichheit der Vertragspartner

Die haushaltrechtlichen Vorschriften dienen der ordnungsgemäßen Haushaltsführung, also der Verwaltung der öffentlichen Steuergelder zum Wohle der Gemeinschaft.

1) Vgl. nur Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 0.15; kritisch dazu Probst, Architektenkritik, Schriftenr. d. Deutsch. Gesell. f. Baurecht, Bd. 7, S. 81 ff.

2) Vgl. Kaiser, Privatautonomie, S. 110.

3) Siehe Weick, Standardbedingungen, S. 51 f.; ferner zur VOB als Interessensausgleich, Heiermann, Die Bauwirtschaft 1980, S. 616 ff. sowie die Gegenüberstellung derjenigen Vorschriften, die den Bauunternehmer gegenüber dem Auftraggeber belasten bzw. begünstigen bei Hesse, BB 1973, S. 546 ff.

Im Vordergrund steht dabei das Ziel der Wirtschaftlichkeit der Ausgaben. Es läßt sich nur dann erreichen, wenn aufgrund eines Wettbewerbs derjenige Anbieter den Bauauftrag erhält, der den angemessensten (nicht geringsten) Preis verlangt. Der Wettbewerb, der zu den Grundprinzipien unserer Wirtschaftsordnung gehört, setzt jedoch eine gleiche Ausgangsposition für die Marktteilnehmer voraus. Eine solche ist dann nicht gewährleistet, wenn Leistungen in den rechtlichen und technischen Vertragsbedingungen enthalten sind oder wenn im Leistungsverzeichnis unklare oder unvollständige Leistungsbeschreibungen vorzufinden sind. In einem solchen Falle gehen die Anbieter von unterschiedlichen Leistungsanforderungen aus, was zu Wettbewerbsverzerrungen führt; das Marktregulativ Wettbewerb kann nicht greifen. Allein durch den Wettbewerb wird die Chancengleichheit der Auftragnehmer garantiert, die Leistungsfähigkeit der Wirtschaft sichergestellt. Nur wenn die Bauverwaltung die haushaltsrechtlichen Grundsätze beachtet, sorgt sie für die Chancengleichheit der Auftragnehmer untereinander ¹⁾.

c. Wohl der Allgemeinheit

Die rechtsstaatlichen und grundrechtlichen Anforderungen an die öffentliche Auftragsvergabe treten dort klar hervor, wo es gilt, Folgerungen aus der öffentlich-rechtlichen Subjektsqualität des Auftraggebers zu ziehen.

Die Ausrichtung staatlichen Handelns am Prinzip des öffentlichen Gemeinwohls - auch für den Bereich der staatlichen Bauverwaltung - trägt der Stellung des Staates am Baumarkt Rechnung. Verfolgt

1) Vgl. Menzel, DB 1981, S. 303 (305) über die Auswirkungen der Einbeziehung sozialpolitischer Vergabekriterien auf die Chancengleichheit der Bewerber; ferner Bettermann, DVBl. 1971, S. 313 ff.

die Bezugnahme auf die haushaltsrechtlichen Grundsätze und die Verdingungsordnung das Ziel des gegenseitigen Interessenausgleiches und somit der Wiederherstellung der Interessen des Individuums im Sinne der sozialen Staatszielbestimmung ¹⁾, so geht es bei der Beachtung des Wohls der Allgemeinheit um ein anderes Prinzip. Hier lösen sich die Kriterien von der Ebene der Privatautonomie ab. Wohl der Allgemeinheit lautet nicht das Prinzip, an dem privates Handeln sich zwingend orientieren muß; bezogen auf staatliches Handeln in einem demokratischen Rechtsstaat liegt hier aber ein unbedingtes Erfordernis vor.

Im Kontext der fiskalischen Beschaffungstätigkeit bedeutet es zuerst einmal, daß staatliches Handeln - eingebunden in das Stabilitäts- und Haushaltsgrundsätzegesetz - im Sinne eines gesamtwirtschaftlichen Ausgleiches zu wirken hat ²⁾. Weiterhin ergibt sich daraus das Recht des Staates im Rahmen des durch die Verfassung abgegrenzten Kompetenzbereiches die wirtschafts- und sozialrelevanten Maßnahmen zu ergreifen ³⁾. Es bedeutet schließlich, daß die Fiskalverwaltung sich von den Maximen der Gerechtigkeit und der Unparteilichkeit zu leiten lassen hat.

Unparteilich und gerecht können Handlungsweisen nur dann verstanden werden, wenn nicht die ureigensten Interessen des Fiskus im Vordergrund der Überlegungen stehen, sondern diese prinzipiell mit demselben Gewicht im jeweiligen Einzelfall Berücksichtigung finden wie die Interessen des anderen Vertragspartners. Im Wege der Interessensabwägung ist dem jeweils fundamentaleren Interesse der Vorrang einzuräumen ⁴⁾. Das Handeln der Bauverwaltung ist

1) Siehe Ulmer-Brandner-Hensen, AGBG, Einl. Rn 7.

2) Vgl. Kaiser, Privatautonomie, S. 110.

3) Vgl. Isensee, DB 1979, S. 145 (149 f.).

4) So Kaiser, ebd.

nicht ipso iure am Wohl der Allgemeinheit ausgerichtet¹⁾; erst durch Einbindung in das öffentliche Recht und seine Rechtsnormen wird die Bauverwaltung diesem Ziel verpflichtet²⁾.

d. Die Überlagerung unterschiedlicher Rechtssätze

Die Schranken für das fiskalische Handeln der Bauverwaltung bestimmen sich somit an den Grundsätzen der Chancengleichheit, Vertragsgerechtigkeit und dem öffentlichen Gemeinwohl, doch über das genaue Ausmaß der rechtsstaatlichen Grenzen der fiskalischen Verwaltungstätigkeit und die konkrete Ausgestaltung ist damit noch nichts gesagt. Hier erweist sich jetzt der Gedanke der Überlagerung als nützlich, nämlich der Überlagerung öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rechtssätze auf die fiskalische Verwaltungstätigkeit, soweit sich diese als Ausfluß der obigen Grundsätze zu verstehen sind, welchen das Handeln der öffentlichen Bauverwaltung genügen muß³⁾. Für die stets im Einzelfall vorzunehmende Gesamtschau und Abwägung des Bindungsumfanges⁴⁾ erhält man so ein ausreichend bestimmtes Instrumentarium von Rechtssätzen, um den Umfang und die Grenzen der Vertragsbeziehungen zwischen der öffentlichen Hand und dem Privaten im Bereich des Beschaffungswesens festzulegen.

1) Anderenfalls könnte ein Mißbrauch der Marktmacht seitens der öffentlichen Bauverwaltung gar nicht vorliegen.

2) Vgl. Kartte/Mühl, Das öffentliche Auftragswesen, S. 201, "... wenn die finanzielle Enge der öffentlichen Hand nicht so groß wäre, könnte man an die Vergabestellen appellieren, in der gegenwärtigen Situation im Sinne einer marktgerechten Vergabepolitik und unter dem Gesichtspunkt des angemessenen Preises nicht jeweils sämtliche Preisspielfräume auszunutzen".

3) Vgl. Kaiser, Privatautonomie, S. 109 f.

4) Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (426); Pietzcker, Staatsauftrag, S. 372 f. (400).

Auch im Bereich der fiskalischen Verwaltungstätigkeit muß die Verwaltung die allgemeinen Grundsätze des Verwaltungsrechts wie auch die verfahrensrechtlichen Regeln des VwVfG beachten ¹⁾. Die Verwaltung muß sich bei ihrer Tätigkeit von zweckgerechten und sachlichen Erwägungen leiten lassen; sie hat darzulegen, daß ihr Handeln dem Geeignetheits- und Erforderlichkeitsgrundsatz entspricht ²⁾. Für die Ausgestaltung belastender vertraglicher Verpflichtungen kommt dem Übermaßverbot als Ausfluß des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine entscheidende Bedeutung zu ³⁾. Aus der Bindung der Verwaltung an den Vorrang des Gesetzes und aus der Konkretisierung des Gleichheitssatzes ergibt sich die Verpflichtung zu gleichmäßiger Ermessensausübung und zur Beachtung der gesetzlichen Normen und Verpflichtungen ⁴⁾. Die Verwaltung darf keine Erweiterung von gesetzlichen Leistungs-, Rückerstattungs- und Schadensersatzpflichten des privaten Vertragspartners vornehmen ⁵⁾; dazu zählt auch die einseitige Abänderung von Vertragsbedingungen der VOB zu Lasten des Auftragnehmers.

Bei den Verfahrensgrundsätzen, die für das fiskalische Handeln der Verwaltung übernommen werden können ⁶⁾, wäre an folgende Bestimmung zu denken: § 14 VwVfG (Vertretung durch einen Bevollmächtigten); § 28 VwVfG (Anhörung der Beteiligten bei der Aufstellung von Vertragsbedingungen); § 29 VwVfG (Akteneinsicht, soweit nicht dadurch die geschäftlichen Geheimnisse eines

-
- 1) Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (425); v. Zezschwitz, DVBl. 1983, S. 686 (687); Zulegg, VerwArch 73 (1982), S. 384 (400); Pietzcker, DVBl. 1982, S. 1085 (1086).
 - 2) Vgl. zum Erfordernis des öffentlichen Zwecks auch Isensee, DB 1979, S. 146 (148).
 - 3) Vgl. v. Zezschwitz, aaO., S. 687.
 - 4) Vgl. v. Zezschwitz, ebd.
 - 5) Vgl. v. Zezschwitz, ebd.; Weissenberg, Öffentliche Aufträge, DB 1984, S. 2285 (2289).
 - 6) Siehe dazu den Überblick bei v. Zezschwitz, ebd., sowie bei Ehlers, aaO., S. 426 f.; Zulegg, Rechtsschutz, WuV 1984, S. 112 (123 f.).

Mitbewerbers verletzt werden); § 30 VwVfG (Geheimhaltung)¹⁾; §§ 36, 55, 56 VwVfG (Zweckbindung von Nebenbestimmungen bzw. Koppelungsverbot). Daneben stellt sich die Frage des Begründungszwanges von Verwaltungshandlungen entsprechend § 39 VwVfG insbesondere dort, wo im Einzelfall Abweichungen von den Allgemeinen Vertragsbedingungen sowie den Allgemeinen und Zusätzlichen Technischen Vorschriften getroffen werden, weil dadurch der Auftragnehmer in seinen Interessen möglicherweise verletzt wird.

Die Kontrolle der privatrechtlich handelnden Verwaltung durch die Überlagerung der privatrechtlichen Rechtssätze mit öffentlich-rechtlich ausgeformten Bindungen löst sich von einem System der klaren Zuordnung von Rechtssätzen und führt zu einer Synthese unterschiedlicher Rechtsregime²⁾, einem *ius mixtum*. Der Vorteil einer solchen Lösung³⁾ liegt darin, daß sich die Verwaltung weiterhin der für das Beschaffungswesen adäquateren Form des Privatrechts bedienen kann, daß aber andererseits die Bindungen bestehen bleiben, die für sie als Träger öffentlich-rechtlicher Verwaltung immanent vorhanden sind. Damit wird der Stellung der Beschaffungstätigkeit im Rahmen der Gesamtschau staatlicher Aufgaben Rechnung getragen. Für die Überprüfung der einseitig aufgestellten Vertragsbedingungen der öffentlichen Hand beim Bauvertrag lassen sich somit Maßstäbe gewinnen, mit deren Hilfe eine Interessenabwägung unter den verschiedenen Beteiligten am Baugeschehen getroffen werden kann.

1) Kritisch dazu in bezug auf die Kommunen, Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241 (243 f.).

2) Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (427).

3) Zu den Nachteilen bei gemischten Rechtsverhältnissen vgl. Ehlers, aaO., S. 427 ff.; die prozessualen Probleme des zulässigen Rechtsweges will Zezschwitz, DVBl. 1983, S. 686 (688) nach der Prägnanztheorie lösen, kritisch dazu Güttler, DVBl. 1983, S. 688.

II. Präventive Kontrolle

1. Einleitung

Die nachträgliche (gerichtliche oder schiedsgerichtliche) Kontrolle einseitig aufgestellter Vertragsbedingungen beschränkt sich auf die punktuelle Korrektur der den Gerechtigkeitsvorstellungen des öffentlichen Rechts widersprechenden privatrechtlich ermittelten Rechtsfolgen ¹⁾. Fraglich erscheint allerdings, ob auf diese Weise das Ungleichgewicht der Marktpositionen der Vertragspartner korrigiert werden kann: neben der Abneigung der privaten Auftragnehmer gegen gerichtliche Verfahren, der Verfahrensdauer, der Schwierigkeit der Überprüfung der zusätzlichen Technischen Normen vor Beginn der Ausführung - spricht vor allem die enge Partnerschaft der öffentlichen Auftraggeber mit den privaten Auftragnehmern dagegen. Eine rechtliche Gestaltung der Interessen der beteiligten Vertragspartner läßt sich nicht durch eine repräsentative, sondern nur durch eine präventiv gestaltete Konfliktlösung erreichen.

2. Modell der Kooperation

a. Notwendigkeit der Zusammenarbeit von Staat und Wirtschaft

Die Ausarbeitung der Vertragsbedingungen durch die Beteiligten

1) Vgl. Ehlers, DVBl. 1983, S. 422 (427); dazu, daß auch das AGB-Gesetz eine gestaltende Funktion des Richters nicht in Betracht gezogen hat, Weitnauer, BauR 1978, S. 73 (75).

selbst lenkt den Blick auf das eingangs erwähnte Modell der Vertragsgerechtigkeit durch Gruppenautonomie¹⁾. Ging es dort um die präventive Kontrolle der Vertragsbedingungen auf kollektiver Ebene, so geht es hier um die Zusammenarbeit zwischen dem Staat und Teilbereichen der Wirtschaft. Hintergrund dieser Überlegungen bildet die Feststellung, daß die Entscheidungsfindung zur Lösung der gemeinsamen Probleme und die Verhaltensabstimmung nicht durch einseitiges Vorgehen und durch den Einsatz hoheitlicher Machtmittel bewältigt werden kann²⁾.

Die Kooperation erweist sich vor allem dort als geeignet, wo - wie beim Bauvertrag - es um langfristige Maßnahmen geht, also weniger um die konkrete Regelung eines bestimmten Sachverhaltes als vielmehr um die Ausgestaltung eines projektierten künftigen Zustandes. Hier liegt das Schwergewicht auf der Institutionalisierung dauerhafter Kontakte und der Festlegung der Rahmenbedingungen der Zusammenarbeit³⁾. Der Sinn einer solchen Zusammenarbeit kann darin gesehen werden, daß die Beteiligten sich gegenseitig bestimmte Treuepflichten und Pflichten zur Rücksichtnahme schulden, daß sie den gemeinsamen Zweck fördern und daß die Zweckgemeinschaft eine Risikogemeinschaft einschließt⁴⁾.

1) Vgl. oben § 5 Kap. A.

2) Zur Kooperation zwischen Staat und Wirtschaft vgl. insbesondere Ritter, AöR 104 (1979), S. 389 (391); ferner Schmidt, Organisierte Einwirkungen auf die Verwaltungen, VVDStRL 33 (1975), S. 183 ff. Der planende Staat ist nämlich auf die aktive Mitarbeit der Planadressaten angewiesen, vgl. Ritter, ebd.

3) Siehe Ritter, aaO., S. 395.

4) Vgl. Ritter, aaO., S. 396.

Durch ein Modell der präventiven Kontrolle könnte dem gegenseitigen Mißtrauen, das das Verhalten der Vertragspartner zueinander bei Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens kennzeichnet ebenso begegnet werden, wie Klagen über eine Benachteiligung. Ein vorbeugender Rechtsschutz hätte zudem den Vorteil, daß sich - ohne konkreten Fallbezug - die vertraglichen Probleme in aller Komplexität diskutieren ließen; späteren Rechtsstreitigkeiten könnte damit vorgebeugt werden, aber auf jeden Fall könnten sie weniger emotionsgeladen und ohne Befürchtung wirtschaftlicher Nachteile geführt werden.

b. Bedeutung der Kooperation für den Bauvertrag

Präventiver Rechtsschutz bedeutet Kontrolle der Vertragsbedingungen durch die Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten bei der Aufstellung der Vertragsbedingungen. Allerdings darf man nicht annehmen, daß das kollektive Aushandeln der Standardvertragsbedingungen durch die zwei Marktpartner - Auftraggeber und Auftragnehmer - schon die Gewähr für eine gerechte Vertragsgestaltung geben würde¹⁾; denn so wie der Liberalismus früher das individuelle Kräftespiel erhebt nun diese Auffassung das freie kollektive Kräftespiel zum selbständigen Ordnungsmechanismus und zum allgemeinen Maßstab der Vertragsgerechtigkeit²⁾. Präventive Kontrolle muß demnach auf ein breites Meinungsspektrum aller relevanten Gruppen gegründet werden.

Anzusetzen ist hier wiederum bei der Idee, die der VOB zugrunde liegt: also nicht der eines rein zweiseitigen Interessensausgleiches, sondern der aller Beteiligten unter Beachtung des wirtschafts-poli-

1) Vgl. dazu ausführlich Schmidt-Salzer, BB 1973, Beil. 1 zu Heft 3, S. 7.

2) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 252.

tischen Ordnungsrahmens. Eine Inhaltskontrolle käme nur dann in Betracht, wenn die Interessen einer beteiligten Gruppe bei der Aufstellung der Vertragsbedingungen in gravierender Weise vernachlässigt worden wären ¹⁾.

Hinsichtlich des Handelns der fiskalischen Bauverwaltung führt dies zu dem Schluß, daß die Bauverwaltungen nicht mehr allein die ergänzenden Vertragsbedingungen aufstellen, sondern diese Aufgabe von einem gemeinschaftlich besetzten Gremium aller am Bau beteiligten Gruppen wahrzunehmen wäre.

Der Nachteil der heutigen Regelung (einseitig vorformulierte Vertragsbestimmungen) zeigt sich insbesondere in dem rechtstatistischen Befund der von der VOB und damit von der Vertragsgerechtigkeit abweichenden Bestimmungen ²⁾. Standardbedingungen als vorformulierte Vertragsbedingungen sind als gruppenautonome Regelung nur so weit tauglich, als sie die Vertragspartner binden. Dem Vertragspartner werden bei der Aufstellung von Standardvertragsbedingungen Pflichten auferlegt, denen er sich nachträglich nicht sanktionslos entziehen kann. Das Verhalten der öffentlichen Bauverwaltungen ist darauf angelegt, die VOB durch zusätzliche Vertragsbedingungen zu modifizieren; die Vorstellungen, die sie im Rahmen der Verhandlungen nicht durchzusetzen vermochte, zwingen die öffentlichen Auftraggeber dem Auftragnehmer anschließend beim konkreten Vertragsschluß auf. Ein solches Verhalten kann nur als *venire contra factum proprium* bezeichnet werden; die Idee der Standardbedingungen wird damit hintergangen. Der Widerspruch von ausgehandelten Standardbedingungen und vorformulierten einseitigen Vertragsbestimmungen kann nur dadurch aufgelöst werden, daß die Aufstellungsbefugnis einem sachverständigen Gremium übertragen wird.

1) So Weick, aaO., S. 255.

2) Vgl. Barnikel, Wettbewerbsbeschränkungen, WuV 1984, S. 90 (104).

Die Aufgabe von Gremien muß auf die Ausarbeitung von Standardbedingungen begrenzt werden ¹⁾. Den Gremien die Entscheidung über die exakte Planung und Bestimmung des Leistungsinhaltes zu übertragen würde - außer den von Weick ²⁾ aufgeführten Nachteilen - bedeuten, daß die Bauverwaltung ihrer Verantwortung entthoben und damit die Entscheidung einer außerparlamentarischen Kontrolle unterworfen werden würde. Das konkrete Bauvorhaben ist jedoch von der Bauverwaltung allein zu konzipieren, der technische Qualitätsstandard zu beschreiben; dahingegen muß sich der vertragsrechtliche und technische Rahmen im Sinne der Verfolgung der Vertragsgerechtigkeit als das Gemeinschaftswerk der am Bauemarkt beteiligten Interessen darstellen.

3. Möglichkeiten der Ausgestaltung der Kooperation

Die Gremienarbeit läßt sich auf verschiedenen Wegen erreichen, wobei jedoch die materiell-rechtlichen Bindungswirkungen unterschiedlich stark ausgeprägt sind.

a. Anhörungsrechte

Als schwächste Form der Mitwirkung bei der Aufstellung von Vertragsbedingungen lassen sich Anhörungsrechte einstufen. Sie die-

-
- 1) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 256, da die Gerichte nicht selbst die optimale Gestaltung herbeiführen können, beschränkt sich ihre Aufgabe auf die Überwachung eines Rahmens gerechter Ordnung. Den gemeinschaftlichen Gremien bleibt es dann überlassen, diesen Rahmen durch eigene Entscheidungen auszufüllen und Schwerpunkte zu setzen.
 - 2) Vgl. Weick, aaO., S. 257 f., wie z.B. Herabsetzung der Effektivität aller beteiligten Leistungen und die Förderung von unrationellen Verfahren.

nen dazu, die Gegenseite bzw. die anderen Beteiligten mit den eigenen Vorstellungen rechtzeitig vertraut zu machen. Ihre Bedeutung für die Ausformulierung der dann später verabschiedeten Vertragsbedingungen und Vorschriften läßt sich nicht abschließend feststellen, da die Handhabung der Anhörungsrechte nicht einheitlich erfolgt. Es ist wohl davon auszugehen, daß sich im Zweifelsfalle der Aufsteller nicht von seinen Vorstellungen abbringen läßt. Von einer gemeinschaftlichen Ausarbeitung kann deshalb keine Rede sein, so daß Anhörungsrechte als Kontrollinstanz allein ein ausreichendes Instrumentarium nicht darstellen ¹⁾.

b. Mitwirkungsrechte

Die Möglichkeiten der Einflußnahme auf den Entscheidungsprozeß übersteigen hierbei die der Anhörungsrechte erheblich. In den Gremien, die sich durch besonderen Sachverstand auszeichnen und in denen die Interessen der am Bau Beteiligten repräsentiert werden, können praxisnahe Lösungen ausgearbeitet werden, die sich als sinnvoller Ordnungsrahmen erweisen. Auch hier sind verschiedene Möglichkeiten der Ausgestaltung von Mitwirkungsrechten denkbar.

Wie sich im Falle der Neufassung der ZTVE-StB 76 allerdings gezeigt hat ²⁾, sind solche Mitwirkungsrechte aber dann faktisch wirkungslos, wenn sie nur für den Entscheidungsprozeß gelten. Als echte Mitwirkungsrechte können allein solche Rechte bezeichnet werden, durch die auf die Entscheidung selbst Einfluß genommen werden kann; ansonsten handelt es sich um bloße Vorschlagsrechte.

1) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 260.

2) S.o. § 4 B II 2 a

c. Entscheidungsrechte

Eine wirksame Kontrolle der Vertragsbedingungen läßt sich durch ein die Interessen der am Baugeschehen Beteiligten repräsentierendes Gremium erreichen, das die Vertragsbedingungen erarbeitet und darüber beschließt ¹⁾.

Hierdurch wird die Partnerschaft der am Baumarkt Beteiligten ²⁾ auf die Ebene der praktischen Rechtsanwendung projiziert ³⁾. Für die Gestaltung der rechtlichen und technischen Vertragsbedingungen wird auf die Modellvorstellung zurückgegriffen, die der VOB zugrunde liegt, nämlich der Vereinigung der Elemente des Gegengewichtsmodells und der öffentlich gelenkten und privilegierten Regelung verbunden durch die Beteiligung von Organisationen, die nicht zu den beiden Machtgruppen zu rechnen sind ⁴⁾; denn auf längere Sicht müssen sich die gegenüberstehenden Wirtschaftsgruppen im Hinblick auf den Ausgleich der gegensätzlichen Marktinteressen bei der Schaffung von Standardvertragsrecht in eine umfassendere Verantwortung einordnen ⁵⁾.

Die Ausarbeitung der ergänzenden Vertragsbestimmungen, die bisher von den öffentlichen Auftraggebern größtenteils allein vorgenommen wurde, wird durch die Gremienarbeit dem Handlungsrahmen unterworfen, der für das privatautonome Handeln der

-
- 1) Diese Vertragsbedingungen werden, da sie als standardisierte Vertragsformen Anwendung finden sollen, als Standardbedingungen bezeichnet.
 - 2) Vgl. Rupprecht, Baumarkt und Wettbewerb, S. 55; Klingmüller, S. 15 ff.
 - 3) Vgl. Ritter, AöR 104, S. 396, Zusammenarbeit als Modifikations- und Gestaltungsprinzip.
 - 4) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 230, zur Einordnung der vereinbarten Standardbedingungen der VOB.
 - 5) So Weick, aaO., S. 260.

fiskalischen Bauverwaltung ohnehin gelten muß: den Prinzipien vertraglicher Interessenausgleich, Chancengleichheit und Wohl der Allgemeinheit Rechnung zu tragen. Diese Prinzipien für staatliches Handeln stellen die konsequente Verfolgung der mit der Herausgabe der VOB im Jahre 1962 verfolgten Ziele dar. Die von den Gremien ausgearbeiteten Vertragsbedingungen können in ihrer inhaltlichen Ausgestaltung denselben Anspruch auf Ausgewogenheit erheben wie die Standardbedingungen der VOB. Durch den ausgewogenen Gerechtigkeitsgehalt kann einem Mißbrauch der Nachfragemacht seitens der öffentlichen Bauverwaltungen wirkungsvoll begegnet werden ¹⁾. Haben alle an der rechtlichen Ordnung des Bauwesens beteiligten Interessen eine direkte kollektive Vertretung in den Gremien ²⁾ - wie es bei der VOB durch die Zusammensetzung garantiert ist -, stellt sich die gerechte Gestaltung der Vertragsbedingungen nicht als ein bloß zweiseitiger Interessenausgleich dar, sondern als eine zentrale Standardregelung im Sinne einer sinnvollen vertragsrechtlichen Ordnungsfunktion ³⁾.

4. Beispiel für die Ausgestaltung der Gremienarbeit

a. Regelungsumfang

Bei den rechtspolitischen Überlegungen für die Verbesserung der Gestaltung der Vertragsverhältnisse zwischen den öffentlichen

1) Hinfällig ist dann auch die Argumentation von der Notwendigkeit der Preisabsprachen infolge der Risikoabwälzung durch die Vertragsbedingungen.

2) Siehe dazu den Vorschlag von Weick, Standardbedingungen, S. 255, einer Bundesanstalt für Verbraucherschutz zur Wahrnehmung der Interessen bei nur mittelbaren Auswirkungen auf den Konsumenten.

3) Vgl. Weick, aaO., S. 256.

Auftraggebern und den privaten Auftragnehmern kann man davon ausgehen, daß weder eine Chance für die Rückkehr zum individuellen Aushandeln der Vertragsbedingungen besteht noch das Vertrauen auf die selbstregulierenden Kräfte des Konditionenwettbewerbes ^{1) 2)}. Die positive Gestaltung der Vertragsbedingungen läßt sich daher nur durch die Kooperation von Staat und Wirtschaft erreichen.

Die Ziele einer solchen Gremienarbeit lassen sich mit den beiden Begriffen Standardisierung und Konkretisierung beschreiben.

aa. Standardisierung

Bei der analytischen Untersuchung der von den Bauverwaltungen verwendeten Vertragsbedingungen war unter anderem die Vielfalt der verwendeten ergänzenden Vertragsbedingungen aufgefallen; die Feststellung umfaßte sowohl den Umfang als auch mit leichten Einschränkungen die inhaltliche Ausformung solcher Vertragspflichten. Wenn darüber hinaus die überregional tätigen Bauverwaltungen ³⁾ sowie manche kommunalen Bauverwaltungen ⁴⁾ verschiedene ZVB in Gebrauch haben, kann von einer Rationalisierung als einer der Hauptaufgaben von Standardvertragsbedingungen ⁵⁾ nicht mehr gesprochen werden.

Ansatzpunkt einer erweiterten Gremienarbeit muß deshalb in einer

1) Vgl. Weick, Standardbedingungen, S. 258.

2) Zu Konditionenempfehlungen der Bauwirtschaft siehe Molinari, S. 1 ff.; ferner SZ vom 27.6.1983 über Bestrebungen der bay. Baugewerbeverbände zur Schaffung von Konditionenkartellen als Selbsthilfe gegen einseitige Vertragsbedingungen.

3) Z.B. die Bundespost, vgl. Seeling, ZSW 1982, S. 34.

4) Z.B. getrennt für Hoch-, Kanal-, Straßen- und U-Bahn-Bauarbeiten.

5) Vgl. Daub-Piel-Soergel-Steffani, ErlZ B 0.16 a.E.

Standardisierung der Vertragsbedingungen liegen. Hier zeigen z.B. die Vergabehandbücher des Bundes und der Länder einen Weg auf wie einheitliche ergänzende Vertragsbedingungen aussehen könnten. Standardisierung bedeutet in diesem Zusammenhang die Vereinheitlichung der Vertragsbedingungen für die einzelnen auszuführenden Arbeiten wie auch die Vereinheitlichung der Vertragswerke der verschiedenen Auftraggeber.

Soweit in den ergänzenden Vertragsbedingungen der verschiedenen öffentlichen Auftraggeber gleichartige Regelungen vorgesehen sind, steht einer Vereinheitlichung nichts entgegen: Handelt es nämlich um die VOB ergänzende Bestimmungen, so können diese in die VOB eingebaut werden. Stellen sie nur eine Wiederholung des einschlägigen VOB-Textes dar, sind sie sowieso überflüssig und sollten gestrichen werden. Enthalten diese ergänzenden Vertragsbestimmungen von der VOB abweichende Regelungen, obläge es den Gremien, eine standardisierte Neufassung zu erstellen.

bb. Konkretisierung der Vertragsbedingungen

Im Rahmen der Untersuchung hat sich ferner gezeigt, daß das Vertragswerk der VOB auf die spezielle Ausgestaltung des Bauvertrages zugeschnitten ist ¹⁾, das verwendete Raster sich jedoch für die Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten als zu grob erweist, und deshalb der vertraglichen Ergänzung bedarf ²⁾. Dieses Regelungsdefizit, das sich auf den vertragsrechtlichen und -technischen Bereich erstreckt, fördert das Aufstellen einseitig ausgerichteter Vertragswerke. Den Gremien fällt deshalb die Auf-

1) Vgl. Soergel in MünchKomm § 631 Rn 33.

2) Nach Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 39 enthält die VOB keine vollständige Regelung aller bauvertraglicher Probleme.

gabe zu, die VOB inhaltlich stärker zu konkretisieren.

Der Erfolg einer erhöhten Regelungsdichte der VOB würde sich in einer Reduzierung oder sogar der Streichung von Zusätzlichen Vertragsbedingungen und Zusätzlichen Technischen Vorschriften widerspiegeln. Hinsichtlich der ergänzenden Vertragsbedingungen wäre der Einbau solcher Bestimmungen in die betreffenden Regeln der VOB/B möglich. Zu überleben wäre aber auch die separate Aufstellung ergänzender rechtlicher Bestimmungen z.B. als Anhang zur VOB/B, womit der unterschiedlichen Ausgestaltung der Vertragswerke bei den verschiedenen Arbeiten leichter Rechnung getragen werden könnte.

Ein Regelungsdefizit ist insbesondere im technischen Bereich und dort vor allem im Tief- und Ingenieurbau festzustellen. Die Normen des Teils C der VOB reichen häufig nicht aus, die technischen Anforderungen an das Bauwerk umfassend festzulegen ¹⁾. Dem Nebeneinander von formalisierten ZTV und Richtlinien und den Normen der VOB/C müßte zugunsten eines verstärkten Ausbaus der ATV entgegengewirkt werden ²⁾. Eine Vereinheitlichung der technischen Vorschriften durch gemeinsame Ausarbeitung der Beteiligten trägt den Grundsätzen Rechnung, die die technischen Vorschriften genauso wie die vertragsrechtlichen erfüllen sollen: ein abgewogenes Verhältnis der Risikotragung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber sowie der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ³⁾.

1) Vgl. Lohmann, ZTV in der Kritik, S. 23.

2) Vgl. auch Hiernsche, ZTV in der Kritik, S. 48 f. (Diskussionsbeitrag), hinsichtlich der Möglichkeiten der Beteiligung der Bauwirtschaft an der Erstellung von ZTV.

3) Siehe Neußner/Stern, Grundsätzliche Gesichtspunkte, bei der Aufstellung Techn. Vorschriften, S. 5.

b. Organisation

Für die Organisation einer solchen Gremienarbeit bietet sich das auf kollektiver Ebene funktionierende Modell des DVA an. Die Einwirkung organisierter staatlicher, privater und gesellschaftlich organisierter Interessen bei der Ausarbeitung von Standardbedingungen führt zu am Gemeinwohl und nicht an Einzelinteressen orientierten Leitsätzen ¹⁾. Der verstärkten Kooperation zwischen Auftraggebern und Auftragnehmern im Rahmen des DVA stehen keine rechtlichen Hindernisse entgegen, da das Aufgabengebiet des DVA nicht abschließend bestimmt ist ²⁾. Die Hauptversammlung des DVA beschließt über den Umfang und die Durchführung seiner Aufgaben sowie über die Bildung von Hauptausschüssen und deren Aufgaben ³⁾. Da die öffentliche Hand im DVA die Mehrheit besitzt ⁴⁾, entscheidet somit ihr Verhalten über den Ausbau der Standardbedingungen zu einem umfassenden Vertragswerk.

Wie die Untersuchung gezeigt hat, liegt das Schwergewicht der öffentlichen Auftragsvergabe im Bauwesen und damit auch das der Verstöße gegen die VOB im kommunalen Bereich. Daher ergibt sich die Notwendigkeit einer stärkeren Beteiligung der Kommunen im Rahmen der Arbeit des DVA. Unterstrichen wird das durch die Tatsache, daß die Vergabesätze auf den kommunalen Bereich nicht zugeschnitten sind und mit einigen kommunalrechtlichen Vorschriften nicht in Einklang stehen ⁵⁾. Zwecks einer stärkeren Berücksichtigung des kommunalen Vergabewesens und um den besonderen Verhältnissen der Kommunen Rechnung tragen zu können, wäre an

1) Vgl. Weissenberg, RIW/AWD 1980, S. 825 (827).

2) Vgl. das Organisations- und Arbeitsschema des Deutschen Verdingungsausschusses für Bauleistungen (DVA), abgedruckt bei Daub-Piel-Soergel-Steffani, Bd. II, S. 882 ff.

3) Nr. 4 und 7 der vorgenannten Bestimmungen.

4) Vgl. Nicklisch/Weick, VOB, Einl. Rn 26.

5) Vgl. Altenmüller, DVBl. 1982, S. 241 (243 f.).

die Einrichtung von Gremien auf Länderbasis zu denken. Entsprechend der Zusammensetzung des DVA organisiert - aber unter stärkerer Repräsentation der Kommunen - könnte so ein Forum geschaffen werden, dem die inhaltliche Ausfüllung des vom DVA verabschiedeten Rahmens von Standardbedingungen obliegt. Vor allem bei den technischen Vorschriften könnten auf diese Weise die spezifischen Verhältnisse der einzelnen Kommunen in ungleich höherem Maße Berücksichtigung finden, als es bei bundeseinheitlichen Regelungen der Fall wäre, ohne gleichzeitig auf die Vorteile einer Standardisierung verzichten zu müssen.

c. Problem der Verbindlichkeit

Die Einbindung der Gremienarbeit in das Organisationsschema des DVA wirft erneut die Frage auf, ob die dargestellte Möglichkeit einer verbesserten Zusammenarbeit der am Bau Beteiligten nicht an der möglicherweise fehlenden Verbindlichkeit scheitern kann.

Der Durchsetzung solcher Standardbedingungen ließe sich am ehesten durch eine gesetzliche Regelung bewerkstelligen. Hierbei stände dem einzelnen Auftragnehmer bei Rechtsbeeinträchtigungen das gesamte Instrumentarium des staatlichen Rechtsschutzes zur Verfügung ¹⁾. Diese Vorzüge verstellen allerdings den Blick nur allzu leicht. Eine solche gesetzliche Regelung käme einem Vergabegesetz mit den oben skizzierten rechtlichen und rechtspolitischen Problemen gleich ²⁾.

1) Vgl. Pietzcker, NVwZ 1983, S. 121 ff. zum Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen.

2) S.o. § 5 Kap. B I 1.; a.A. Weissenberg, RIW/AWD 1980, S. 825 (827), wonach sich auf Dauer auch der Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe nicht der Entwicklung einer "Vergesetzlichung" wird verschließen können; der Gewinn an Rechtsstaatlichkeit müßte nach Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 641, mit der vielfach beklagten Gesetzesflut bezahlt werden.

Die Idee einer gesetzlichen Regelung beruht auf der Vorstellung der Trennung von Staat und privater Gesellschaft, nach der die im gesamtwirtschaftlichen Interesse notwendigen Planentscheidungen ausschließlich in der staatlichen Sphäre getroffen und von außen dem Unternehmer aufoktroiert werden ¹⁾. Gerade dieses einseitige Schema der staatlichen Einflußnahme auf die Wirtschaft gilt es zu überwinden. Ziel der Kooperation ist die Einbindung der Unternehmen in den Prozeß der gesamtwirtschaftlichen Zielfindung ²⁾ in der Form eines wirtschaftspolitischen Mitwirkungsverhältnisses.

Scheidet mithin eine gesetzliche Regelung aus systemkonformen Gründen aus, so verbleiben dem Staat noch andere wirkungsvolle Möglichkeiten, auf die Auftragsvergabe und die Vertragsgestaltung Einfluß zu nehmen. Hierzu zählen die bereits erwähnten Formen der Verbindlichkeitserklärungen der Vergabevorschriften sowie die Versagung von Finanzierungshilfen bei VOB-widrigem Verhalten.

d. Ausblick

Durch die Beratung in den Gremien können die ergänzenden Vertragsbedingungen auf ihre wahre Bedeutung zurückgeführt werden. Besonders im technischen Bereich werden sich positive Veränderungen ergeben. Durch den Erfahrungsaustausch mit der Bauindustrie werden technische Verfahren verbessert werden. Bei der Normung werden zusätzliche Gesichtspunkte, insbesondere im Hinblick auf ihre Notwendigkeit infolge bestehender DIN-Normen und sonstiger technischer Vorschriften, Berücksichtigung finden. Der Zusammenhang zwischen übersteigerten Qualitätsanforderungen und Kostenerhöhungen bei der Herstellung werden verstärkt in das

1) Vgl. Ritter, AöR 104, S. 389 (397).

2) Vgl. Ritter, aaO., S. 398.

Bewußtsein rücken. Die Qualitätsanforderungen würden dann nicht mehr pauschal durch ZTV bestimmt, sondern wären in jedem Einzelfall entsprechend der Funktion des Bauwerkes festzulegen, die Verantwortung des Ingenieurs würde gestärkt werden. Die Vorteile der Gremienarbeit liegen ebenfalls in der dem Rechtsmißbrauch entgegenwirkenden Publizität der Verhandlungen.

Nicht unbeachtet bleiben darf schließlich, welche positiven Auswirkungen ein solches Verfahren auf den Bausektor allgemein und ähnlich strukturierte Wirtschaftszweige entwickeln könnte, in denen die öffentliche Hand ebenfalls eine dominierende Rolle einnimmt.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Beschaffungswesen des Staates d.h. die Deckung seines Personal- und Sachbedarfs gehört neben der Eingriffs- und Leistungsverwaltung zu den wichtigsten Aufgaben, die den Begriff der öffentlichen Aufgaben umschreiben. Das Hauptgewicht des öffentlichen Auftragswesens liegt in der Nachfrage nach Bauleistungen, wobei der öffentlichen Hand (Bund, Länder und Gemeinden) eine ausgeprägte (Hochbau) bis monopolartige (Tief- und Ingenieurbau) Nachfragemacht zukommt. Aufgrund der Besonderheiten des Wirtschaftszweiges Bauprodukt (kein stationärer Fertigungsbetrieb, keine Lagerhaltung usw.) ergibt sich für die Bauindustrie eine starke wirtschaftliche Abhängigkeit von dem Auftraggeber Staat. Eine Möglichkeit, auf andere Märkte auszuweichen, bestehen nicht, da die Bauindustrie ihre Produktionskapazitäten für die Zwecke staatlicher Bedarfsbefriedigung bereithalten muß.

Lag das Augenmerk öffentlicher Beschaffungstätigkeit früher allein in der preisgünstigen Beschaffung der Güter (Mikroaspekt), so hat sich inzwischen ein deutlicher Wandel vollzogen. Heute dominieren bei staatlichen Aufträgen - insbesondere wegen ihrer volkswirtschaftlichen Bedeutung - wirtschaftspolitische und -soziale Zielsetzungen. Die Betonung des Makroaspektes bei öffentlichen Aufträgen hat dazu geführt, die rechtsdogmatische Stellung des Vergabewesens neu zu überdenken.

Der Staat bedient sich im Auftragswesen der Rechtsformen des Privatrechts, doch eine solche Betrachtungsweise wird der öffentlich-rechtlichen Zielsetzung staatlicher Beschaffungstätigkeit nicht gerecht. Der Unterschied zu einem privatautonom handelnden Unternehmer zeigt sich besonders im Bauauftragswesen. Anlaß, dem Handeln der Bauverwaltung Bindungen aufzuerlegen, ergibt sich hier nicht nur aus der engen Verflechtung zwischen privat- und öffentlich-rechtlichen Aufgaben, sondern zusätzlich aus der Tatsache, daß die öffentliche Hand ihre wirtschaftliche Stellung als Nachfrager mißbraucht.

Wie eine ausführliche Untersuchung der von der öffentlichen Hand verwendeten Vertragswerke ergibt, werden dem Auftragnehmer einseitig Vertragsrisiken und Vertragslasten aufgebürdet. Die unausgewogene Risikoverlagerung ist sowohl im vertragsrechtlichen Bereich wie z.B. in weitgehenden Änderungsvorbehalten, Gewährleistungs- und Haftungsregelungen, überzogenen Gewährleistungsfristen, überhöhten Sicherheitsleistungen, Bürgschaften, Vertragsstrafen etc. als auch in technischer Hinsicht festzustellen. Beispielsweise werden in den Vorbemerkungen zum Leistungsverzeichnis oder in den Zusätzlichen Technischen Vorschriften Leistungen beschrieben, Gründungsrisiken dem Auftragnehmer auferlegt und Kostentragungspflichten für unvorhergesehene Umstände bei der Baumaßnahme aufgestellt. Diese und viele weitere Klauseln erlauben wegen der unvorhersehbaren Risikoabschätzung keine exakte Kalkulation und damit keine Vergleichbarkeit der Angebote, was zur Verzerrung des Wettbewerbes führt. Solche Vertragswerke der

Auftraggeber stehen in Widerspruch zu den Regeln der VOB, bei deren Aufstellung die öffentliche Hand selbst beteiligt war und zu deren Einhaltung sie aufgrund von Verwaltungsvorschriften verpflichtet ist.

Einstimmig wird daher die Notwendigkeit der Kontrolle des Handelns der Bauverwaltung anerkannt, doch bestehen erhebliche Unterschiede über die Art der Schrankenbildung. Eine grundlegende Meinung will zur Kontrolle die Grundrechte heranziehen, während die Vertreter einer anderen Richtung die Lösung im Zivilrecht suchen, wobei es im einzelnen jeweils noch differenzierte Lösungsvorschläge gibt.

Alle Lösungsvorschläge vermögen aber nicht zu überzeugen; so lassen sich die Verfassungsprinzipien nicht direkt auf die privatrechtlichen Rechtsformen übertragen, welche der bedarfsdeckende Fiskus benutzt, wie auch der Zuschnitt des AGB-Gesetzes auf ein reines Zweipersonenverhältnis und seine rein privatrechtliche Aus-

richtung die öffentlich-rechtliche Zielsetzung der Auftragsvergabe des Staates nicht berücksichtigt. Es bedarf daher als Kontrollmaßstäbe höherrangiger Rechtsgüter, wie Chancengleichheit, vertraglicher Interessenausgleich und Wohl der Allgemeinheit, deren konkrete Ausgestaltung aus der Überlagerung der privatrechtlichen Handlungsform mit öffentlich-rechtlichen Bindungen zu entwickeln ist. Bei der Konkretisierung der Kontrollmaßstäbe spielen neben dem AGBG und dem GWB vor allem die Verfahrensgrundsätze des VwVfG eine Rolle, soweit sie als Ausfluß allgemeiner Rechtsgedanken anzusehen sind.

Gerade für die Bauverwaltung könnte sich eine wirkungsvollere - da präventive, statt repressive - Kontrolle durch eine verstärkte Kooperation zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer unter Beteiligung weiterer am Baugeschehen interessierter Kreise ergeben. Das Defizit der in der VOB getroffenen vertragsrechtlichen und technischen Regeln erfordert einen stärkeren Ausbau und größere Konkretisierung der bauspezifischen Vertragsbedingungen.

Hier bietet sich die Möglichkeit an, ein umfassendes Werk von Standardvertragsbedingungen auszuhandeln. Damit könnte neben einer Vereinheitlichung und Standardisierung der Vertragsbedingungen könnte vor allem ein ausgewogenes Vertragswerk zwischen der öffentlichen Hand und dem privaten Unternehmer erreicht werden und damit der Partnerschaft von Staat und Wirtschaft am Baumarkt Rechnung getragen werden.

LITERATURVERZEICHNIS

- Altmann, Carl-Heinz Das öffentliche Auftragswesen,
Frankfurt 1960 (zit.: Auftragswesen)
- Der Vorrang der marktwirtschaftlichen
Preise in der Baupreisverordnung 1972,
BauR 1982, S. 445 ff. (zit.: Baupreis-
verordnung)
- Altenmüller, Reinhard Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch
Kommunen, DVBl. 1982, S. 241 ff.
- Arbeitsgemeinschaft für Allgemeine Geschäftsbedingungen in der
zeitgemäßes Bauen e.V., Baupraxis - 90 typische AGB-Klauseln
Kiel in Bauverträgen, Heft 1/1982, Mitteil-
ungsblatt Nr. 161
- Backherms, Johannes Das DIN Deutsches Institut für Nor-
mung e.V. als Beliehener, Köln 1978
- Recht und Technik JuS 1980, S. 9 ff.
- Barby, Hanno von Zur Problematik der Verwaltungsvor-
schriften im Wirtschaftsrecht, BB 1973,
S. 366 ff.
- Beck, Joachim Allgemeine Geschäftsbedingungen in der
Baubranche, Institut für Mittelstands-
forschung, Bonn, Heft 1976/4
- Berg, Christoph AGB-Gesetz und zusätzliche Vertrags-
bedingungen, Die Bauwirtschaft 1980,
S. 1732 ff.
- Binneweis, Wilfried Die VOB/B und ZVB-StB im Vergleich
mit der französischen CCAG, Die Bau-
wirtschaft 1981, S. 1783 ff.
- Börner, Achim-Rüdiger Zum Spannungsfeld von Recht und
Technik, DB 1984, S. 812 ff.
- Bös, Dieter Öffentliche Aufträge in Österreich, Wien
1968 (zit.: Aufträge)
- Bogs, Harald Die verfassungsrechtliche Gebundenheit
der öffentlichen Hand bei Bedarf-
deckungsgeschäften, BB 1963, S. 1269
ff.

- Booz, Martin Die Verjährung bauvertraglicher Gewährleistungsansprüche, Diss. Freiburg 1979
- Barnickel, Hans-Heinrich Wettbewerbsbeschränkungen in der Bauwirtschaft, WuV 1984, S. 90 ff.
- Breuer, Rüdiger Direkte und indirekte Rezeption technischer Regeln durch die Rechtsordnung, AöR 101 (1976), S. 46 ff.
- Brodbeck, Rolf Vertragsrechtliche Probleme bei langfristigen Baumaßnahmen, Stachus Karlsplatz, Festschrift zur Einweihung des Stachus Bauwerkes, München 1970
- Buchholz, Heinrich RStO 75 aus der Sicht der Bauwirtschaft, Straßenbau 1976, S. 567 ff.
- Die Richtlinien für den Straßenbau - Standardausführungen - Ausgabe 1975 (RStO 75) aus der Sicht der Bauwirtschaft, Straße und Autobahn 1977, S. 240 ff.
- Bunte, Hermann-Josef Bauverträge und AGB-Gesetz, RWS-Skript, 1982
- Carls, Peter Haftungsprobleme bei Eisenbahnarbeiten aus der Sicht des Bauunternehmers, Die Bauwirtschaft 1973, S. 715 ff.
- Cramer, Ursula/
Kayser, Günther Die öffentliche Auftragsvergabe an Klein- und Mittelbetriebe, Institut für Mittelstandsforschung, Heft 4/1976
- Dähne, Die Bemessung der Vergütung bei Mengenüberschreitungen nach § 2 Nr. 3 Abs. 2 VOB/B alter und neuer Fassung, BauR 1974, S. 371 ff.
- Damerau, Hans von der/
Tanterat, August VOB im Bild, Regeln für die Ermittlung und Abrechnung von Bauleistungen, 9. Aufl. 1979, Wiesbaden
- Daub, Walter VOB Richtlinien der Finanzbauverwaltungen, 7. Aufl. 1968, Düsseldorf
- Der Staat als Auftraggeber, Die Bauverwaltung 1963, S. 379 ff.
- Etwas kunterbunt, Die Bauverwaltung 1969, S. 461 f.

- Ehlers, Dirk Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, DVBl. 1983, S. 422 ff.
- Enquete über die im Auftrag des Bundesministers für
Bauwirtschaft Wirtschaft, hrsg. von Wolfgang Kirner
u.a., Stuttgart 1973
- Emmerich, Volker Kartellrecht, 4. Aufl. 1982, München
- Engelmann, Karl-Heinz Neuerungen im Betonstraßenbau durch
Einführung der Zusätzlichen Techni-
schen Vorschriften und Richtlinien für
den Bau von Fahrbahndecken aus Beton
- ZTV Beton 78, Straße und Autobahn
1979, S. 210 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe/
Martens, Wolfgang Allg. Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 1983,
Berlin (zit.: Bearbeiter in ...)
- Ermacora, Felix Wirtschaftsverfassung und Verbandsein-
fluß, in FS Korinek, Wien 1972
- Ernst,
Hoppe, Das öffentliche Baurecht, 2. Auflage,
München
- Ernst, H.-J./
Standfuß F. Die Zusätzlichen Technischen Vor-
schriften für Kunstbauten (ZTV - K
76), Ausgabe 1976, Straße und Auto-
bahn 1976, S. 234 ff.
- Fahrenschon, Otto Die Schenkungsvermutung der deut-
schen Bauwirtschaft, BauR 1977, S. 172
ff.
- Festge, Karsten-
Heinrich Aspekte der unvollständigen Leistungs-
beschreibung der VOB, BauR 1974, S.
363 ff.
- Fikentscher, Wolfgang Die Geschäftsgrundlage als Frage des
Vertragsrisikos - dargestellt unter
besonderer Berücksichtigung des Bau-
vertrages, München 1971
- Flach, Peter Zur Anwendbarkeit des § 9 AGB-Gesetz
auf die VOB/B, NJW 1984, S. 156 ff.
- Fleischer, Herbert Die Bedeutung der VOB für die Ver-
gabe öffentlicher Bauaufträge, DVP
1979, S. 57 ff.
- Floß, Rudolf Zur Einführung der neuen "Zusätzlichen
Technischen Vorschriften und Richtli-
nien für Erdarbeiten im Straßenbau
(ZTVE-StB 76) Ausgabe 76", Straße
und Autobahn 1977, S. 9 ff.

- | | |
|---|--|
| Floß, Rudolf | Konstruktives Zusammenwirken des Straßenaufbaues bei Anwendung der RStO 75 und der ZTVE-StB 76, Straße und Autobahn 1977, S. 142 ff. |
| Forschungsgesellschaft für das Straßen- und Verkehrswesen | Tätigkeitsbericht 1981/82, Köln 1982 |
| Forsthoff, Ernst | Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963 (zit.: Auftraggeber) |
| Friese, Heinrich | DIN Diktatur - der Widerstand formiert sich, Baugewerbe 1977, Heft 6, S. 8 |
| Fuhrmann, Wilfried | Die Asphaltbauweisen in den Technischen Vorschriften und Richtlinien für die Befestigung ländlicher Wege (TV-LW 75), Straße und Autobahn 1976, S. 341 ff. |
| Glatzel, Ludwig/
Hofmann, Olaf/
Frikell, Eckhard | Unwirksame Bauvertragsklauseln nach dem AGB-Gesetz, 3. Aufl. 1982, München (zit.: Bauvertragsklauseln) |
| Goffin, Hanno | Vorschriftenwerk soll Risiko mildern, Die Bauwirtschaft 1977, S. 199 |
| Graf, Gerhard | Probleme der Nachfragemacht öffentlicher Abnehmer, Frankfurt 1981 |
| Günther, Barbara | Die Haftung für fehlerhafte überbetriebliche technische Normen, Diss. Bielefeld, 1979 |
| Gutschker, K. | Auswirkungen der neuen ZTVE-StB76 auf die Baupraxis, Die Bauwirtschaft 1977, S. 400 ff. |
| Haderer, Hans | Die Anforderungen zu hoch geschraubt, Die Bauwirtschaft 1981, S. 652 f. |
| Hahn, Udo | Verwirkung von Rückzahlungsansprüchen der öffentlichen Hand, ZfBR 1982, S. 139 ff. |
| Halfmann, Ulrich/
Herion, Gerhard | Die neuen "Technischen Vorschriften und Richtlinien für den Bau bituminöser Fahrbahndecken" - Teil 1 Oberflächenschutzschichten TV bit 75 Ausgabe 75, Straße und Autobahn 1976, S. 141 ff. |

- Halfmann, Ulrich/
Neußner, Ernst/
Wettern, W. von der
Die neuen Technischen Vorschriften
und Richtlinien für den Bau bituminöser
Fahrbahndecken, Teil 6 Gußasphalt und
Asphaltemastix TV bit 6/75 - Ausgabe
75, Straße und Autobahn 1976, S. 185
ff.
- Hanisch, Jörg
Allgemeine Einkaufs- und Bestellbedin-
gungen in der metallverarbeitenden
Industrie, Diss. München 1981
- Hartmann, Gerhard
ÖNormen - Rechtsgrundlagen, Rechts-
natur und ihre Bedeutung als allgemeine
Geschäftsbedingungen, in Kühne
(Hrsg.): Rechtsfragen des Bauvertra-
ges, Schriften aus Technik und Recht,
Bd. 111, Wien 1978
- Hauptverband der
Deutschen Bauindustrie
Baustatistisches Jahrbuch 1980, Wiesba-
den
- Thesen zum Normenwerk, Die Bauwirt-
schaft 1982, S. 1678 F.
- Heiermann, Wolfgang
Die Bemessung der Vergütung bei
Mengenüberschreitungen nach § 2 Nr. 3
Abs. 2 VOB/B alter und neuer
Fassung, BauR 1974, S. 73 ff.
- Die VOB als Interessensausgleich zwi-
schen Auftraggebern und Auftragneh-
mern auf dem Bauparkt, Die Bauwirt-
schaft 1980, S. 617 ff.
- Heiermann, Wolfgang/
Riedl, Richard/
Schwaab, Fritz
Handkommentar zur VOB: Teile A und
B, 3. Aufl. 1981, Wiesbaden
- Heimburg, Sibylle von
Verwaltungsaufgaben und Private, Ber-
lin 1982
- Herbst, Hans-Jürgen
Wettbewerb und Wettbewerbsbeschrän-
kungen bei Ausschreibungen, FIW
Schriftenreihe, Heft 26, Köln 1965
- Hereth, Franz/
Crome, Hermann
Baupreisrecht, 3. Aufl. 1973, München
- Herschel, Wilhelm
Regeln der Technik, NJW 1968, S. 617
ff.
- Hesse, Hans-Gerd
Welche Bestimmungen der VOB sind
rechtsunwirksam, BB 1973, S. 546 ff.

- Hesse, Hans-Gerd Vereinbarungen der VOB für Planleistungen, ZfBR 1980, S. 259 ff.
- Hesse, Konrad Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl. 1980, Heidelberg
- Hofmann, Olaf/
Frikell, Eckhard Die Vergabe öffentlicher Bauleistungen in Bayern, München 1976
- Die Vergabe öffentlicher Bauleistungen, Köln 1977
- Holberndt, Heinz Verstetigung der Nachfrage im Straßenbau, Straße und Autobahn 1977, S. 511
- Hoppe, Werner "Die neuen Richtlinien für die Güteüberwachung von Mineralstoffen im Straßenbau (RG Min 77), Straße und Autobahn 1977, S. 195 ff.
- Huber, Alfons Besondere Vertragsbestimmungen aus der bauwirtschaftlichen Praxis, in Kühne (Hrsg.) Rechtsfragen des Bauvertrages, Wien 1978
- Huhn, Diether Der Bauvertrag, in Gitter: Vertragsschuldverhältnisse, München 1974
- IFO-Institut Bauwirtschaft und Öffentliche Hand - Partner am Baumarkt, Gutachten erstellt unter der Leitung von Dr. O. Aule vom IFO-Institut im Auftrag des Hauptverbandes der Deutschen Bauindustrie, München 1965 (zit.: Baumarkt)
- Immenga, Ulrich/
Mestmäcker, Ernst-
Joachim GWB, Kommentar zum Kartellgesetz, München 1981
- Ingenstau, Heinz/
Korbion, Hermann VOB - Verdingungsordnung für Bauleistungen - Teile A und B, 10. Aufl. 1984, Düsseldorf
- Institut für Bau-
forschung, Hannover Rationelles Bauen mit Fertigteilen in: Wirtschaftlich bauen - Sonderheft 9, 1968, Wiesbaden
- Isensee, Josef Privatwirtschaftliche Expansion öffentlich-rechtlicher Versicherer, DB 1979, S. 145 ff.

- Jagenburg, Walter Der Einfluß des AGB-Gesetzes auf das private Baurecht, BauR-Sonderheft 1/1977 (zit.: Der Einfluß des AGB-Gesetzes)
- Kaiser, Gisbert Das private Mängelhaftungsrecht der VOB Teil B, 3. Aufl. 1981, Düsseldorf (zit.: Mängelhaftungsrecht)
- Der richtige Beurteilungszeitpunkt bei einem Verstoß gegen die anerkannten Regeln der Technik, BauR 1983, S. 203 ff. (zit.: Beurteilungszeitpunkt)
- Privatautonomie der auftragvergebenden und -abwickelnden Bauverwaltung, BauR 1980, S. 99 ff. (zit.: Privatautonomie)
- Kartte, Wolfgang Das öffentliche Auftragswesen in der marktwirtschaftlichen Ordnung, FS Gunther Hartmann, FIW Schriftenreihe, Heft 75, Köln 1976
- Kiekenap, Bernhard Die ZTVE-76 - eine kritische Betrachtung aus der Sicht der Straßenbauwirtschaft, Straße und Autobahn 1977, S. 413 ff.
- Kirchhof, Paul Verwalten durch "mittelbares" Einwirken, Köln 1977 (zit.: Verwalten)
- Kirsch, Wilhelm-Michael Das Deutsche Verdingungswesen, Stuttgart 1936
- Klempert, Bernhard Die Technischen Vorschriften und Richtlinien für die Befestigung ländlicher Wege TV-LW 75, Straße und Autobahn 1976, S. 335 ff.
- Klinger, B. Straßenbau: Ausschreibung, Vergabe, Vertragsbedingungen, Baupraxis 1972, S. 60 ff.
- Klingmüller, Ernst Baumarkt und Wettbewerb in der BRD, in: Schriftenreihe der Deutschen Gesellschaft für Baurecht e.V., Heft 12, S. 15 ff.
- Knöss, Werner Preisvorbehalte in Bauverträgen (Lohn- und Stoffpreisgleitklauseln), Wiesbaden 1969

- Koch, Hartmut Öffentliche Aufträge: Höchstpreisbegrenzung und Verordnung PR 30/53, DB 1983, S. 1585 ff.
- Köderitz, Erich Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Deutschen Bauwesen unter besonderer Berücksichtigung der Verdingungsordnung für Bauleistungen, Diss. Würzburg 1955
- Kohl, Helmut Der Bauvertrag mit öffentlichen Auftraggebern in Frankreich, BauR 1983, S. 30 ff.
- Korbion, Hermann Das neue AGB-Gesetz und das Bauvertragsrecht, VersR 1977, S. 681 ff.
- Neufassung der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB), DB 1974, S. 77 ff.
- Korbion, Hermann/
Hochstein, Reiner Der VOB-Vertrag, 3. Aufl. 1982, Düsseldorf
- Kopp, Ferdinand Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge als Verwaltungsakte, BayVBl. 1980, S. 609 ff.
- Koppers, Heinrich Bau standfester und verformungsbeständiger Stadtstraßen, Straßenbau 1981, S. 69 f.
- Kromik, Wolfgang/
Schwager, Eberhard Die neue VOB, Teil B - Neuregelung der Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen, Kissing 1980
- Kühne, Josef Rechtsfragen des bauwirtschaftlichen Vertragswesens - Techniker vor Problemen des Bauvertrages, in ders.: Rechtsfragen des Bauvertrages, Wien 1978
- Kunert, Franz-Josef Staatliche Bedarfdeckungsgeschäfte und öffentliches Recht, Berlin 1977 (zit.: Bedarfdeckungsgeschäfte)
- Kutsch, K./
Schiffers, K.-H. Leistungsbeschreibung und -vergütung durch öffentliche Bauherren, Baumarkt 1972, S. 1470 ff.

- Lammel, Siegbert Zu Widersprüchen in Bauverträgen, BauR 1979, S. 109 ff.
- Langer, Elisabeth Probleme der Vertragsgestaltung bei öffentlichen Aufträgen, in Kühne (Hrsg.): Rechtsfragen des Bauvertrages (zit.: Vertragsgestaltung)
- Probleme der öffentlichen Auftragsvergabe in rechtsinhaltlicher und ökonomischer Sicht in: FS Korinek, Wien 1972 (zit.: Auftragsvergabe)
- Lautmann, Rüdiger Justiz - die stille Gewalt, Frankfurt 1972
- Lehmann, Eckhart Gewerbeschädigende Äußerungen und diskriminierende Maßnahmen der öffentlichen Hand unter besonderer Berücksichtigung der öffentlichen Auftragsvergabe, Diss. Freiburg 1971
- Lehmann, Michael Zur Kartell- und wettbewerbsrechtlichen Kontrolle der Nachfragemacht im Zusammenhang mit der Vergütung von Architektenleistungen nach der HOAI, BauR 1984, S. 97 ff.
- Leiggener, Erwin Die Vergebung von öffentlichen Aufträgen der Gemeinwesen als Problem des Rechtsstaates, Zürich 1976
- Lepiorz, Friedrich
Wilhelm Methoden der Rechtsanwendung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum privaten Baurecht, Diss. Berlin 1982
- Linke, Liane Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau, Die Bauwirtschaft 1976, S. 588 ff.
- Locher, Horst Die VOB und das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BauR 1977, S. 221 ff.
- Löwe, Walter Gewährleistungsfrist nach VOB beim Bauträgervertrag und AGB-Gesetz, ZfBR 1978, S. 49 ff.
- Löwe, Walter/
Graf v. Westphalen/
Trinkner Kommentar zum AGB-Gesetz, 2. Aufl. 1983, Heidelberg

- Löwenberg, H./
Neußner, E./
Schuster, F.O. Die Technischen Vorschriften und Richtlinien für den Bau von Fahrbahndecken aus Beton (Ausgabe 1972 - TV Beton 72), Straße und Autobahn 1972, S. 45 ff.
- Mai, Horst Die Bauwirtschaft ist nach dem Staat der zweitgrößte Wirtschaftsbereich, Die Bauwirtschaft 1981, S. 1407 ff.
- Mahler, Hubert Stichwort Bauleitung für Bauführer und Bauleiter im Hochbau, 3. Aufl. 1983, Wiesbaden
- Mang, Johann/
Simon, Alfons Bayerische Bauordnung, Kommentar, 8. Aufl. 1983, München
- Marburger, Peter Die Regeln der Technik im Recht, Köln 1979
- Maunz/Dürig/Herzog/
Scholz Grundgesetz, Kommentar, München (zit.: Bearbeiter in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz)
- Mayer-Maly, Theo Ausschreibung und Submission als Problem des Kartellrechts, Wien 1967 (zit.: Ausschreibung)
- Privatautonomie und Wirtschaftsverfassung, in: FS Korinek, Wien 1972
- Medicus, Dieter Bürgerliches Recht, 11. Aufl. 1983, Köln
- Mengert, Friedrich Staat und Gemeinden als Auftraggeber der Wirtschaft, Main 1966
- Menzel, Hans-Joachim Berücksichtigung sozialpolitischer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe, DB 1981, S. 303 ff.
- Minet, Gerd-Walter Zur Anwendung des Kartellrechts durch das Bundeskartellamt in den Jahren 1981/82, DB 1983, S. 1857 ff.
- Molinari, Klemens Konditionenempfehlungen der Bauwirtschaft und ihrer Marktpartner, Köln 1980
- Münch, Ingo von Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 1982 (zit.: Bearbeiter in ...)
- Grundgesetz-Kommentar, 2. Aufl., München, (zit.: Bearbeiter in ...)

- Rittstieg, Andreas Die Konkretisierung technischer Standards im Anlagenrecht, Köln 1982
- Rüfner, Wolfgang Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967 (zit.: Formen)
- Rupprecht, W. Baumarkt und Wettbewerb in der Bundesrepublik Deutschland aus der Sicht des Auftraggebers in: Baumarkt und Wettbewerb, Schriftenreihe der Deutschen Gesellschaft für Baurecht, Band 12, S. 53 ff.
- Sachse/Senf Handbuch Baupreisrecht, Köln 1974
- Schäfer/Finnern/
Hochstein Rechtsprechung der Bauausführung, seit 1978 Rechtsprechungssammlung, hrsg. von Hochstein, Düsseldorf
- Scheiblauber, Johann Die Technischen Vorschriften und Richtlinien für die Ausführung von Tragschichten im Straßenbau (TVT 72), Straße und Autobahn 1972, S. 524 ff.
- Schelle, Hans Praktische Fragen der VOB, Der Bay. Bürgermeister 1979, Heft 9, S. 10 ff.
- Schilken, Eugen Rechtsgrundlagen der Beschaffung für die Bundeswehr, BB 1959, S. 385 ff.
- Schlenke, Egon H. So wird die Nachfragemacht mißbraucht, Die Bauwirtschaft 1981, S. 376 f.
- Das Kartellamt wird hellhörig, Die Bauwirtschaft 1981, S. 1128 f.
- Verkehrsnutzung von Teilleistungen im Straßen- und Brückenbau ohne Abnahme und Gefahrübergang. Die Bauwirtschaft 1979, S. 845 ff.
- Schmidt-Salzer, Joachim Tätigwerden des Staates in zivilrechtlichen Handlungsformen im Bereich der Daseinsvorsorge und des Beschaffungswesens, WiR 1/1972, Beil. zu Heft 3, S. 1 ff. (zit.: Tätigwerden)
- Die Bedeutung der Rechtsprechung zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Bauunternehmer, Architekten, Bauherren und insbesondere die öffentliche Hand, BB 1973, Beil. zu Heft 3, S. 1 ff. (zit.: Bedeutung)

- Schmitz, Elke Das Recht der öffentlichen Aufträge im Gemeinsamen Markt, Baden-Baden 1972, (zit.: Öffentliche Aufträge)
- Schmitz, Peter Die Vereinbarung der VOB/B in Verträgen mit Nichtkaufleuten, ZfBR 1979, S. 184 ff.
- Schneider, Joachim Zur Verbindlichkeit der Ausschreibungsbedingungen im Bauwesen bei den Vergabeverfahren in den Ländern Bundesrepublik Deutschland, Schweiz und Österreich, Diss. Freiburg 1982
- Scholz, Rupert Das Verhältnis von technischer Norm und Rechtsnorm unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts in: Technische Normung und Recht, DIN Normungskunde, Heft 14, S. 85 ff.
- Staatliche Forschungsförderung - Mitbestimmung des Betriebsrates, BB 1981, S. 441 f.
- Wettbewerbsrecht und öffentliche Hand, ZHR 132 (1969), S. 97 ff.
- Versicherungsaufsicht und Amtshaftung, NJW 1972, S. 1217 ff.
- Seeling, R. Der Einfluß von zusätzlichen Vertragsbedingungen öffentlicher Auftraggeber auf die Gestaltung VOB-gerechter Bauverträge, ZSW 1982, S. 34 f.
- Die Asuwirkungen des AGB-Gesetzes auf Bauverträge, Baumarkt 1981, S. 1121 f.
- Soergel, Carl Zusätzliche Technische Vorschriften und ihre Auswirkungen auf den Bauvertrag in: Sonderdienst Bauindustrie, Wirtschaftsvereinigung Bauindustrie NRW (Hrsg): ZTV in der Kritik, Heft 4/1981, S. 29 ff. (zit.: ZTV in der Kritik); ebenfalls, Die Bauwirtschaft 1980, S. 280 ff.
- Sollars, H.-J. Ausgewählte Fragen zu den Zusätzlichen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau (ZVB-StB 75), Straßen- und Tiefbau 1976, Heft 11, S. 30 ff.

- | | |
|--|--|
| Staatsbau Nordrhein-Westfalen | Staatliches Bauen in NRW, München 1974 |
| Statistisches | Statistisches Jahrbuch 1983 für die Bundesrepublik Deutschland, hrsg. vom Statistischen Bundesamt, Wiesbaden 1983 |
| Steinbrecher, Carl | Neuere Vergebungsfahrten für Bauarbeiten im Rahmen des Verdingungswesens, Berlin 1926 |
| Stern, Waldemar | Vertragsstrafen im Brückenbau, Straße und Autobahn 1978, S. 204 |
| - | Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau, Ausgabe 1980, (ZVB- StB 80), Straße und Autobahn 1980, S. 417 ff. |
| - | Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen auf Straßen, Ausgabe 1973 (ZV Stra 73), Straße und Autobahn 1973, S. 299ff. |
| - | Aktuelle Fragen aus dem Bauvertragswesen im Bundesfernstraßenbau, Straßenbau-Technik 1974, Heft 23, S. 20 |
| - | Grundsätze für öffentliche Aufträge aus aktueller Sicht, WuV 1984, S. 69 ff. |
| Stern, Waldemar/
Loyal, Alfred | Allgemeine Technische Vorschriften (ATV) des Tiefbaus im Teil C der VOB (Ausgabe 1973), Straße und Autobahn 1975, S. 941 ff. |
| Stern, Waldemar/
Meusching, Friedrich | Die neue VOB - Ausgabe 1979, Straße und Autobahn 1979, S. 530 |
| Stern, Waldemar/
Vogler, Günter | Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau, Ausgabe 1975 (ZVB-StB 75), Straße und Autobahn 1976, S. 46 ff. |
| Straßenbauindustrie | Nicht alle Änderungen wurden berücksichtigt, Die Bauwirtschaft 1980, S. 1650 ff. |
| - | Zusätzliche Technische Vorschriften und Richtlinien für den Bau von Fahrbahndecken aus Beton - ZTV Beton 78, Die Bauwirtschaft 1979, S. 375 ff. |

- | | |
|--|---|
| Stober, Rolf | Zur Anwendung des AGB-Gesetzes auf die öffentliche Hand, DÖV 1977, S. 398 f. |
| Stoll, Christian | Das Hoch-, Straßen-, Brücken- und Wasserbauwesen nebst den bau-, straßen-, brücken- und wasserpolizeilichen Bestimmungen und Vollzugs-Vorschriften, München 1867 |
| Stoll, Walter | Ausgewählte Fragen zur Ausschreibung, Vergabe und Abrechnung von Erdarbeiten, Die Bauwirtschaft 1973, S. 1432 ff. |
| Tomandl, Theodor/
Langer, Elisabeth | Rechtsprobleme einer Gesetzlichen Regelung des Vergabewesens in FS Korinek, Wien 1972 |
| Ulmer/Brandner/Hensen | AGB-Gesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1983 |
| Unger, Brigitte | Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Aufträge, BauR 1984, S. 465 ff. |
| Verdingungsordnung für
Bauleistung | im Auftrage des Deutschen Verdingungsausschusses für Bauleistungen, (Hrsg.): DIN, Deutsches Institut für Normung, Berlin 1979 |
| Vogt, Heinrich | Zur Neufassung der technischen Vorschriften und Richtlinien für die Abnahme, Gewährleistung und Abrechnung bituminöser Fahrbahndecken TV bit 7/71, Straße und Autobahn 1981, S. 344 ff. |
| Walther, Veit J. | Das öffentliche Auftragswesen, München 1979 (zit.: Auftragswesen) |
| Wasler, Michael | Berücksichtigung des Problems der Nachfragemacht der öffentlichen Hand im Rahmen der Novellierung der VOB/A, BB 1979, S. 915 f. |
| Weber, Harald | Das Verhältnis von DIN-Normen zu zugesicherten Eigenschaften und den anerkannten Regeln der Technik, ZfBR 1983, S. 151 ff. |
| Weick, Günter | Vereinbarte Standardbedingungen im deutschen und englischen Bauvertragsrecht, München 1977 |

- Weides, Peter Öffentliche Ausschreibung der Bauaufträge Betriebswirtschaftliche Blätter (Hrgs.: Deutscher Sparkassen- und Giroverband e.V., Bonn), 1983, S. 423 ff.
- Weilbier, Rudolf Bauvergabe und Bauverträge, Bau-techn. Kommentar, Berlin 1960
- Weissenberg Rechtliche Probleme der Vergabe öffentlicher Aufträge im nationalen, europäischen und internationalen Bereich, RIW/AWD 19890, S. 825 ff.; (zit.: Probleme)
- Weissenberg, Paul Öffentliche Aufträge - Instrumente neutraler Beschaffung oder staatlicher Steuerung?, DB 1984, S. 2285.
- Westphalen, Graf von Bauvertrag und AGB-Gesetz, in: Schriftenreihe der Deutschen Gesellschaft für Baurecht, Heft 11, S. 45 ff.
- Die Wirksamkeitsgrenzen von Haftungs- freizeichnungs- und Haftungsbegrenzungsklauseln bei leichter Fahrlässigkeit gem. § 9 AGBG, WM 1983, S. 974 ff.
- Weitnauer, Hermann Einige Fragen zum Verhältnis von AGBG und VOB, BauR 1978, S. 73 ff.
- Welter, Erich Der Staat als Kunde, Heidelberg 1960
- Wenger, Karl Das Recht der öffentlichen Aufträge, Wien 1977
- Wilke, Dieter Der Zusammenhang von Rechtsnorm und technischen Normen in: DIN Normungskunde, Heft 17, S. 11 ff. (zit.: Zusammenhang)
- Winckler, Rudolf Zum Begriff "Stand der Technik", DB 1983, S. 2125 ff.
- Winter, Knut Tiefbauarbeiten, Ausschreibung und Vergabe, Bauingenieurpraxis, Heft 113, Berlin 1967, (zit.: Ausschreibung)
- Tiefbauarbeiten, Prüfungen der Konstruktion und Abwicklung des Bauvertrages, Bauingenieurpraxis, Heft 111, Berlin 1966 (zit.: Abwicklung)

- Wirtschaftsvereinigung
Bauindustrie NRW Die Zusätzlichen Technischen Vor-
schriften in der Kritik - Referate und
Diskussion auf der 4. Bautechnischen
Tagung 1980 (zit.: Bearbeiter in ZTV
in der Kritik)
- Die ZTV in der Kritik, Bericht und
Ergebnisse einer Diskussion der ZTV im
Tiefbaubereich der Stadt Köln, Sonder-
dienst Bauindustrie NRW 5/81
- Witt, Günther Der Bauvertrag nach VOB/B, München
1977
- Wolf, Hans Fehlerquellen bei der Ausschreibung
und Vergabe von Bauleistungen, in:
Mitteilungsblatt der Arbeitsgemeinschaft
für zeitgemäßes Bauen, Heft 50, Kiel
1979
- Wolf, Manfred Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfrei-
heit und vertraglicher Interessenaus-
gleich, Tübingen 1970 (zit.: Entschei-
dungsfreiheit)
- Wolfensberger, Hans Die anerkannten Regeln der Technik
("Baukunst") als Rechtsbegriff im
öffentlichen Recht, DIN Normungskun-
de, Heft 11, Berlin 1978
- Wolff, Hans J./
Bachof Otto Verwaltungsrecht, Bd. I, 9. Aufl.
1974, Bd. II, 4. Aufl. 1976, Bd. III,
4. Aufl. 1978, München
- Wussow, Hans Joachim Zur Haftungsabwälzung auf den Unter-
nehmer in Zusätzlichen Vertragsbedin-
gungen der öffentlichen Hand, VersR
1977, S. 979 ff.
- Zemlin, Hans Die überbetrieblichen technischen
Normen, ihre Wesensmerkmale und ihre
Bedeutung im rechtlichen Bereich,
München 1973
- Zentralverband des
Deutschen Baugewerbes Baugewerbe und staatliche Nachfrage,
ZDB Schriften, Heft 14, Bonn 1977
- Jahrbuch des Deutschen Baugewerbes
(zit.: nach Jahreszahl)

Zeischwitz,
Friedrich von

Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, DVBl. 1983, S. 686 ff.

Zuleeg, Manfred

Die Anwendungsbereiche des öffentlichen Rechts und des Privatrechts, VerwArch Bd. 73 (1982), S. 384 ff.

-

Rechtsschutz und Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, WuV 1984, S. 112 ff.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
A.E.	am Ende
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
allg.	allgemein
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Anl.	Anlage
AöR	Archiv für öffentliches Recht
ARS	Allgemeines Rundschreiben Straßenbau des Bundesministers für Verkehr
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ATV	Allgemeine Technischen Vorschriften
AV-StB	Arbeitsausschuß Verdingungswesen im Straßen- und Brückenbau
Az	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BAST	Bundesanstalt für Straßenwesen
BauNVO	Verordnung über die bauliche Nutzung der Grundstücke (Baunutzungsver- ordnung)
BauR	Baurecht, Zeitschrift für das gesamte öffentliche und zivile Baurecht
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts
BayBO	Bayerische Bauordnung
BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebs-Berater
BBahnG	Bundesbahngesetz

BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
Bd.-Württbg.	Baden-Württemberg
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsoz. Verfolgung (Bundesentschädigungsgesetz)
Beil.	Beilage
Bek.	Bekanntmachung
Bes. VerwR	Besonderes Verwaltungsrecht
BEvakG	Bundesevakuiertengesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMV	Der Bundesminister für Verkehr
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz)
BT-Dr.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVB	Besondere Vertragsbedingungen
BVFG	Ges. ü. d. Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge (Bundesvertriebenengesetz)
BwB	Bewerbungsbedingungen für die Vergabe von Bauleistungen
bzw.	beziehungsweise
CCAG	Marches Publics de Travaux, Approbation du Cahier des Clauses Administratives Générales
CCTG	Cahier des Clauses Techniques Générales

DB	Der Betrieb
DB	Deutsche Bundesbahn
DBP	Deutsche Bundespost
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DIN	Deutsches Institut für Normung - Deutsche Industrienorm
Diss.	Dissertation
DVA	Deutscher Verdigungsausschuß
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
dt.	deutsche(r)
Einl.	Einleitung
ErlZ	Erläuterungsziffer
etc.	und so weiter
EVM	Einheitliche Verdigungsmuster
f.	folgende Seite
ff.	folgende Seiten
Fn.	Fußnote
FGSV	Forschungsgesellschaft für das Straßen- und Verkehrswesen
FS	Festschrift
FVG	Finanzverwaltungsgesetz
GABl.	Gemeinsames Amtsblatt
GATT	General Agreement on Tarifs and Trade
gem.	gemäß
GemGO	Gemeindehaushaltsverordnung
GG	Grundgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän- kungen

Hess.	Hessen
HGrG	Haushaltsgrundsätzegesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
i.d.F.	in der Fassung
IFO	Institut für Wirtschaftsforschung
i.V.m.	in Verbindung mit
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
Komm	Kommunal(e)
KommHVO	Kommunale Haushaltsverordnung
lit.	Buchstabe
LHO	Landeshaushaltsordnung
m.a.W.	mit anderen Worten
MBI.	Ministerialblatt
MdF	Ministerium der Finanzen
MFG	Mittelstandsförderungsgesetz
MinABl.	Ministerialamtsblatt
MinBIFin	Ministerialamtsblatt des Bundesministers der Finanzen und des Bundesministers für Wirtschaft
Nds.	Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NWvZ	Neue Verwaltungszeitschrift
NW (NRW)	Nordrhein-Westfalen
PostVerwG	Postverwaltungsgesetz
PR	Preisrecht

RdErl.	Runderlaß
RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen
Rh.-Pf.	Rheinland-Pfalz
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft - Außenwirtschaftsdienst (Beilage zum Betriebsberater)
Rn	Randnummer
RSBB	Richtlinien zum Schutz von Bäumen und Sträuchern im Bereich der Baustellen
Rspr.	Rechtsprechung
RU-StB	Richtlinien für das Aufstellen von Unterlagen zur Vergabe von Bauleistun- gen im Straßen- und Brückenbau
RWI	Rheinisch-Westfälisches Institut für Wirtschaftsforschung
RWS	Kommunikationsformen - Recht Steuern Wirtschaft
S.	Seite
s.a.	siehe auch
Schl.-H.	Schleswig-Holstein
SGV	Sammlung des bereinigten Gesetz- und Verordnungsblattes des Landes NRW
SMBI.	Sammlung des bereinigten Ministerial- blattes des Landes NRW
u.a.	und andere
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
u.s.w.	und so weiter
v.	von(m)
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwR	Verwaltungsrecht
vgl.	vergleiche

VHB	Vergabehandbuch
VkBl.	Verkehrsblatt
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen - ausgenommen Bauleistungen
Vorbem.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtler
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiR	Wirtschaftsrecht Beiträge und Berichte aus dem Gesamtbereich des Wirtschafts- rechts
WuV	Wirtschaft und Verwaltung
z.B.	zum Beispiel
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und interna- tionales Baurecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZO-VOB	Zusätzliche Vertragsbedingungen der Deutschen Bundesbahn für die Ausfüh- rung von Oberbauarbeiten
ZSW	Zeitschrift für das gesamte Sachver- ständigenwesen
z.T.	zum Teil
ZTV	Zusätzliche Technische Vorschriften
ZTVE	Zusätzliche Technische Vorschriften und Richtlinien für Erdarbeiten im Straßen- bau
ZTV-K	Zusätzliche Technische Vorschriften für Kunstbauten
ZTVV	Zusätzliche Technische Vorschriften und Richtlinien für die Ausführung von Bodenverfestigungen im Straßenbau

ZVB	Zusätzliche Vertragsbedingungen
ZVB-FLN	Zusätzliche Vertragsbedingungen der DBP für die Ausführung von Bauleistungen am Fernmeldeleitungsnetz
ZVB-Hochbau	Zusätzliche Vertragsbedingungen der DBP zu den Allg. Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B)
ZVB-StB	Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Straßen- und Brückenbau
ZVBW	Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen an Bundeswasserstraßen
ZVH	Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen im Hochbau
Z-VOB/B	Zusätzliche Vertragsbedingungen der Deutschen Bundesbahn für die Ausführung von Bauleistungen
ZVStra	Zusätzliche Vertragsbedingungen für Straßenbauarbeiten
ZVWa	Zusätzliche Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen in der Wasserwirtschaft

LEBENS LAUF

Geboren am 30.5.1951 in Dortmund, als erster Sohn der Eheleute Dipl.-Ing. Hans-Ulrich Herig und Elisabeth Herig, geborene Louis. Die Schul-
ausbildung, die in Dortmund erfolgte, wurde mit dem Abitur am Max-
Planck-Gymnasium im Jahre 1970 abgeschlossen. Aufnahme des Studiums
des Bauingenieurwesens an der Ruhr-Universität in Bochum zum Winter-
semester 1970/71. Nach abgelegtem Vordiplom Weiterführung des Stu-
diums an der Technischen Universität München, an der erfolgreich im
Jahre 1974 die Diplomhauptprüfung abgelegt wurde; anschließend prak-
tische Tätigkeit bei der Firma Tiefbau-Union, Dortmund. Zum Winter-
semester 1976/77 erfolgte die Aufnahme des Studiums der Rechtswissen-
schaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München, das mit dem
1. Juristischen Staatsexamen im Jahre 1980 abgeschlossen wurde, an-
schließend Referendarzeit beim OLG München. Seit Juni 1984 als Rechts-
anwalt in München tätig.

Norbert Herig

